

ЦИВІЛЬНЕ ПРАВО УКРАЇНИ



ЦИВІЛЬНЕ ПРАВО УКРАЇНИ

Підручник
У двох томах

Том 2

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

*Рекомендовано Міністерством освіти
і науки України*

код екземпляра

336958



Київ
Юрінком Інтер

2007

ББК 67.9(4УКР)304я73
Ц58

*Рекомендовано Міністерством освіти і науки України
(лист № 14/18.2-1966 від 25.08.2004)*

*Рекомендовано Вченою радою Національної юридичної академії України
імені Ярослава Мудрого*

Рецензенти

Кузнєцова Н. С. – професор, доктор юридичних наук, академік АПрН України;

Луць В. В. – професор, доктор юридичних наук, академік АПрН України;

Мусіяка В. Л. – професор, кандидат юридичних наук

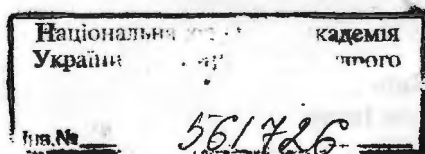
Цивільне право України: Підручник: У 2 т. / Борисова В. І. (кер. авт. кол.), Баранова Л. М., Жилінкова І. В. та ін.; За заг. ред. В. І. Борисової, І. В. Спасибо-Фатєєвої, В. Л. Яроцького. – К.: Юрінком Інтер, 2007. – Т. 2. – 552 с.

ISBN 966-667-161-1
ISBN 966-667-163-8 (Т. 2)

В другому томі висвітлюються загальні положення про зобов'язання, про договір, окремі види зобов'язань: договірні та недоговірні.

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

ББК 67.9(4УКР)304я73+67.304я73



ISBN 966-667-161-1
ISBN 966-667-163-8 (Т. 2)

© Колектив авторів, 2007
© Юрінком Інтер, 2007

ПЕРЕДМОВА

Даний підручник є двотомним виданням, що підготовлене на основі нового Цивільного кодексу України з урахуванням не тільки результатів нової кодифікації цивільного законодавства України, а й сучасного розвитку всієї законодавчої сфери.

Підручник створений відповідно до нової навчальної програми, всебічно і повно висвітлює предмет й інструментарій для пізнання дисципліни «Цивільне право України». Авторський колектив прагнув, щоб студенти не тільки успішно опанували основні питання курсу, а також отримали поради в частині пошуку літературних джерел для подальшої самостійної роботи.

Структура подання матеріалу у двох томах повною мірою відповідає програмі й робочому плану викладання цієї дисципліни кафедрою цивільного права НЮАУ ім. Ярослава Мудрого. У першому томі висвітлені загальні положення цивільного права, вчення про особисті немайнові права фізичної особи, право власності та інші речові права, право інтелектуальної власності, спадкове право, які вивчаються на 2-у курсі денної форми навчання. Другий том підручника цілком присвячений зобов'язальному праву, проблеми якого вивчаються на 3-у курсі денної форми навчання.

Авторський колектив

Баранова Л. М., кандидат юридичних наук, доцент – гл. 34 (у співавторстві з Печеним О. П. та Сиротенко С. Є.); гл. 36 § 3; гл. 40 (§ 3; § 4; § 5);

Борисова В. І., кандидат юридичних наук, доцент – гл. 36 (§ 1–2); гл. 40 § 2; гл. 43 (§ 1, 3);

Домашенко М. В., кандидат юридичних наук, доцент – гл. 46;

Жилінкова І. В., доктор юридичних наук, професор – гл. 45; гл. 49; гл. 50;

Загорулько О. А., кандидат юридичних наук, доцент – гл. 32) (у співавторстві з Пучковською І. Й.); гл. 42, гл. 53;

Замуравкіна Р. М., асистент – гл. 41;

Ігнатенко В. М., кандидат юридичних наук, доцент – гл. 64, 65, 66, 67;

Казанцев В. С., асистент – гл. 37; гл. 40 § 6;

Коробцова Н. В., кандидат юридичних наук – гл. 61, 62; 63;

Крижна В. М., кандидат юридичних наук, доцент – гл. 43 (§ 4) (у співавторстві з В. Л. Яроцьким), гл. 44 (у співавторстві з В. Л. Яроцьким); гл. 59; гл. 60;

Мороз М. М., кандидат юридичних наук, доцент – гл. 40 (§ 1);

Панова Л. В., кандидат юридичних наук – гл. 55; гл. 56; гл. 58;

Первомайський О. О., кандидат юридичних наук – гл. 47; гл. 54; гл. 57;

Печений О. П., кандидат юридичних наук – гл. 34 (у співавторстві з Барановою Л. М. та Сиротенко С. Є.); гл. 43 § 2;

Приступа С. Н., кандидат юридичних наук, доцент – гл. 68 (у співавторстві з Сиротенко С. Є.);

Пучковська І. Й., кандидат юридичних наук, доцент – гл. 32 (§ 6) (у співавторстві з Загорулько О. А.); гл. 38; гл. 39;

Сібільов М. М., кандидат юридичних наук, доцент – гл. 30, 31, 33, 35;

Сиротенко С. Є., асистент – гл. 34 (у співавторстві з Барановою Л. М. та Печеним О. П.); гл. 68 (у співавторстві з Приступою С. Н.);

Соловійов О. М., кандидат юридичних наук – гл. 36 § 5;

Спасибо-Фатєєва І. В., доктор юридичних наук, професор – гл. 51;

Сурженко О. А., кандидат юридичних наук, доцент – гл. 36 § 4;

Чуйкова В. Ю., кандидат юридичних наук, доцент – гл. 69;

Явор О. А., кандидат юридичних наук, доцент – гл. 36 § 6;

Янишен В. П., кандидат юридичних наук, доцент – гл. 52;

Яроцький В. Л., кандидат юридичних наук, доцент – гл. 43 § 4 (у співавторстві з В. М. Крижною), гл. 44 (у співавторстві з Крижною В. М.); гл. 48; гл. 55

Розділ VII. Зобов'язальне право. Загальні положення

Глава 30. ЗОБОВ'ЯЗАЛЬНЕ ПРАВО І ЗОБОВ'ЯЗАННЯ

§ 1. Поняття зобов'язального права

Зобов'язальне право – це найбільша за обсягом підгалузь цивільного права, норми якої регулюють переважно відносини майнового обороту (товарообміну), тобто відносини, що виникають при переході матеріальних та інших благ, які мають економічну форму товару, від однієї особи до іншої.

Предметом зобов'язального права, як підгалузі цивільного права, є майнові відносини. У зв'язку з цим виникає питання про співвідношення зобов'язальних правовідносин з правовідносинами власності.

Слід мати на увазі, що хоча вони тісно пов'язані між собою, з урахуванням того, що саме відносини власності складають передумову товарообміну, але між ними існують і суттєві відмінності. Так, якщо правовідносини власності мають характер абсолютних, у яких власнику протистоїть необмежене коло осіб, то зобов'язальні правовідносини належать до відносних правовідносин, у яких конкретній управомоченій особі (кредитору) протистоїть також конкретна зобов'язана особа – боржник. Отже, зобов'язальні правовідносини характеризуються чіткою персоніфікацією суб'єктного складу. Вони юридичне пов'язують лише конкретних осіб. Є відмінності і в юридичному об'єкті зазначених правовідносин. Зобов'язальні правовідносини відрізняються від правовідносин власності і за сутністю відповідного суб'єктивного права.

Якщо сутністю суб'єктивного права у абсолютних правовідносинах є право на власні дії, то у відносних правовідносинах – право на дії іншої особи (боржника).

Характеризуючи відносини майнового обігу, які регулюються нормами зобов'язального права, слід підкреслити, що вони охоплюють, перш за все, ринкові відносини, які виникають як при здійсненні підприємницької діяльності, так і при задоволенні фізичними особами власних потреб. Цим відносинам притаманна така ознака як багатоманітність, оскільки майновий оборот (товарообмін) може здійснюватися як шляхом відчуження особою свого майна у власність іншій особі (наприклад, при купівлі-продажу), так і через пере-

дачу його іншій особі у тимчасове платне чи безплатне користування (наприклад, при оренді або позиції).

Предметом такого обороту можуть бути не тільки речі, а й інші предмети, що мають товарну, хоча і не завжди матеріальну (уречевлену) форму. Йдеться, зокрема, про результати послуг (наприклад, наданих при перевезенні або зберіганні речей), що споживаються замовником (у процесі вчинення виконавцем певної дії або здійснення певної діяльності, майнові права та певні нематеріальні блага (наприклад, інформація). Оскільки норми зобов'язального права у цій частині мають своєю метою врегулювання відносин майнового обігу в їх непорушеному стані, дані зобов'язання є **регулятивними**. Значна більшість регулятивних зобов'язань виникає на підставі договорів, тобто є договірними зобов'язаннями. Однак деякі недоговірні зобов'язання, що виникають з односторонніх правомірних дій (односторонніх правочинів або юридичних вчинків), теж слід віднести до регулятивних. Йдеться про зобов'язання з публічної обіцянки винагороди, вчинення дій у майнових інтересах іншої особи без її доручення та рятування здоров'я і життя фізичної особи, майна фізичної або юридичної особи. Певна група норм зобов'язального права спрямована на усунення негативних наслідків, що виникають в результаті порушення однією особою суб'єктивних цивільних прав іншої. Метою вказаних норм є охорона, у тому числі й захист суб'єктивних цивільних прав, а зобов'язання, що виникають при цьому, йменуються **охоронними**. До них належать зобов'язання з відшкодування шкоди, створення загрози життю, здоров'ю чи майну іншої особи, набуття або збереження майна без достатньої підстави.

Зобов'язальне право, як підгалузь цивільного права, складається з низки правових інститутів, норми котрих спрямовані на закріплення положень, що стосуються як усіх зобов'язань, так і окремих їх видів. Враховуючи це, зобов'язальне право поділяється на загальну та спеціальну частини.

Загальна частина охоплює положення щодо поняття та видів зобов'язань, підстав їх виникнення, способів виконання і відповідальності за порушення зобов'язань та підстав їх припинення. Однією із складових цієї частини є й загальні положення про договір, як найпоширенішу підставу виникнення зобов'язання, що охоплюють поняття та зміст договору, порядок його укладення, зміни, розірвання тощо. **Спеціальна частина** зобов'язального права складається з інститутів, що охоплюють норми, які стосуються окремих типів (груп, видів та підвидів) зобов'язань.

Значна більшість цих норм розрахована на регулювання зобов'язальних відносин, що виникають на підставі договору. Дані норми у своїй сукупності складають **договірне право**. Останнє має свою внутрішню диференціацію і складається з низки субінститутів, які об'єднують правові норми, розраховані на регулювання окремих

груп, видів та підвидів договорів, що породжують відповідні договірні зобов'язання.

Інші норми спеціальної частини зобов'язального права розраховані на регулювання зобов'язальних відносин, що виникають з односторонніх правомірних чи неправомірних дій (деліктів). Вони теж об'єднуються у відповідні субінститути зобов'язального права і розраховані, відповідно, або на регулювання недоговірних зобов'язальних відносин, або на усунення негативних наслідків, що виникають внаслідок порушення однією особою суб'єктивних цивільних прав іншої.

Норми зобов'язального права містяться переважно у Книзі п'ятій ЦК та у інших актах цивільного законодавства.

§ 2. Поняття та види зобов'язань

Згідно зі ст. 509 ЦК зобов'язанням є правовідношення, у 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. Отже, зобов'язання – це різновид цивільних правовідносин.

Елементами зобов'язання, як і будь-якого правовідношення, є його суб'єкти, об'єкт та зміст.

Суб'єктами зобов'язання є управомочена сторона (кредитор) та зобов'язана сторона (боржник). Ними можуть бути як фізичні, так і юридичні особи, у тому числі й юридичні особи публічного права¹.

Юридичним об'єктом зобов'язання є певна поведінка зобов'язаного суб'єкта, а його матеріальним об'єктом виступає певне матеріальне благо, заради якого між суб'єктами виникають юридичні зв'язки. Особливість юридичного об'єкта зобов'язання полягає у покладенні на боржника обов'язку щодо здійснення ним відповідних активних дій. Пасивна поведінка боржника (утримання від дії) не може бути самостійним юридичним об'єктом зобов'язання, оскільки вона завжди супроводжує вчинення ним активних дій. Саме тому зобов'язальне право, на відміну від права власності, опосередковує не статику, а динаміку майнових відносин.

Зміст зобов'язання складають права та обов'язки його суб'єктів. Суб'єктивне право, що належить управомоченій стороні у зобов'язанні, йменується правом вимоги, а суб'єктивний обов'язок зобов'язаної сторони називається **боргом**.

Новий Цивільний кодекс закріпив низку наступних положень, що стосуються усіх зобов'язань.

По-перше, згідно з ч. 3 ст. 509 ЦК зобов'язання, як цивільне право-

¹ Дет. про це див. § 4 даної глави.

відношення, має ґрунтуватися на засадах добросовісності, розумності та справедливості, що є загальними засадами цивільного законодавства.

По-друге, будь-яке грошове зобов'язання, виходячи з вимог ст. 99 Конституції України, має бути виражене у грошовій одиниці держави – гривні, хоча сторони зобов'язання при цьому можуть визначати грошовий еквівалент такого зобов'язання в іноземній валюті (ст. 524 ЦК). Виконання ж зобов'язання має відбуватися за загальним правилом у гривнях (ст. 533 ЦК).

По-третє, не допускається одностороння відмова від зобов'язання або одностороння зміна його умов (ст. 525 ЦК). Ця заборона стосується як боржника, так і кредитора. Винятки з даного правила можуть встановлюватися договором або законом. Наприклад, підставою для односторонньої відмови від зобов'язання згідно зі ст. 615 ЦК може бути порушення зобов'язання однією із сторін, якщо це передбачено договором або законом.

Питання галузевої належності категорії «зобов'язання» та можливості існування немайнових зобов'язань у науці є дискусійними.

Ще за часів існування радянського права була висловлена думка про те, що категорія «зобов'язання» є, начебто, не цивільно-правовою, а міжгалузевою, оскільки, як вважали її автори, існують трудові, фінансові, управлінські, господарські, внутрішньогосподарські та інші зобов'язання¹. Її критики слушно вказували на те, що зазначена категорія є виключно цивільно-правовою, оскільки зобов'язання опосередковують процес саме товарного переміщення (обороту) матеріальних благ від однієї особи до іншої. Але при цьому вони вважали, що погляд на зобов'язання як на міжгалузеву категорію був обумовлений тим, що легальне поняття зобов'язання, закреплене у ст. 158 РРФСР 1964 р. (ст. 151 ЦК УРСР 1963 р.), мало занадто загальний характер і під нього можна було підвести будь-яке відносне правовідношення². На нашу думку, зазначене легальне визначення зобов'язання було лише приводом для іншої дискусії, зумовленої різними поглядами науковців на систему радянського права і законодавства, чинників, що їх обумовлюють, та місцем у них, так званого господарського права. По суті, наведене легальне визначення зобов'язання уявляється цілком прийнятним, оскільки, з одного боку, містить усі ознаки цього правового явища; і у будь-якого неупередженого дослідника не може виникати сумнів щодо його галузевої належності хоча б через те, що дане визначення поміщене у ЦК. З іншого – воно надає можливість у межах цивільних правовідносин відбити особливості зобов'я-

¹ Танчук И. А., Ефимович В. П., Абова Т. Е.. Хозяйственные обязательства. – М.: Юрид. лит., 1970. – С. 17.

² Див.: Гражданское право: Учеб. – Изд. 3-е / Под ред. А. П. Сергеева и Ю. К. Толстого. Часть 1. – М.: Проспект, 1998. – С. 484.

зань саме як специфічного виду останніх (їх майновий та відносний характер, закликаність боржника до активних дій, можливість управомоченого суб'єкта вимагати певної поведінки від зобов'язаного суб'єкта). Не випадково, саме спираючись на це легальне визначення зобов'язання, дослідники¹ формулювали різні за змістом доктринальні визначення цивільно-правових зобов'язань. Про прийнятність наведеного легального визначення зобов'язання, вміщеного у ст. 151 ЦК 1963 р., свідчить і те, що у ст. 509 нового ЦК України воно відтворено майже без змін.

Питання галузевої належності зобов'язань у сучасних умовах набуває суто практичного значення. Видавалось, що визнання об'єктивного характеру поділу права на приватне і публічне повинно мати наслідки, зокрема, визнання й того, що кожна із зазначених сфер права характеризується власним методом, власними правовими засобами (категоріями) та принципами, які у сукупності створюють відповідний тип регулювання суспільних відносин та правовий режим, відповідно, приватного і публічного права, що унеможливує використання у вказаних сферах права не властивих їм правових засобів. З огляду на це, саме сфері приватного права, яка характеризується децентралізованим регулюванням на диспозитивних засадах усіх особистих немайнових та майнових відносин, заснованих на юридичній рівності, вільному волевиявленні та майновій самостійності їх учасників, притаманний такий правовий засіб, яким є зобов'язання. Між тим не тільки окремі дослідники продовжують розглядати зобов'язання як міжгалузеве поняття (один з механізмів, що використовується у різних галузях права)², а й намітилася тенденція використання правових засобів сфери приватного права, зокрема, у податковому законодавстві³, що може призвести до руйнування законодавства, яке діє у сфері приватного права⁴. Слід вказати, що навіть фахівці публічного права вказують на некоректність застосування терміна «зобов'язання» до податкових відносин, побудованих на принципах влади і підпорядкування. Більш точним, як слушно вказує М. П. Кучерявенко, було б використання терміна «податковий обов'язок», що узагальнює всю систему обов'язків платника податків, пов'язаних зі сплатою податків і зборів⁵.

¹ *Иоффе О. С.* Обязательственное право. – М.: Юрид. лит., 1975. – С. 6; *Гражданское право* (вказ. підруч.). – С. 484.

² Див.: *Хозяйственное право: Учеб.* / Под ред. акад. В. К. Мамзутова. – К.: Юринком Интер, 2002. – С. 561.

³ Див., напр., Закон України «Про порядок погашення зобов'язань платниками податків перед бюджетом та державними цільовими фондами» від 21 грудня 2000 р. // *Відомості Верховної Ради України*. – 2001. – № 7. – Ст. 259.

⁴ Дет. про це див.: *М. М. Сібільов.* Наслідки використання правових засобів сфери приватного права при регулюванні публічно-правових відносин / *Респуб. міжвід. наук. зб. «Проблеми законності»*. – Харків, 2001. – С. 55-61.

⁵ *Кучерявенко Н. П.* Налоговое право: Учеб. – Харьков: Легас, 2001. – С. 242.

Обґрунтування у радянські часи неможливості існування зобов'язань немайнового характеру¹ було, на нашу думку, пов'язане з недооцінкою тоді ролі немайнових благ. До речі, слід вказати на те, що і у ті часи І. Б. Новицький вважав: змістом зобов'язання може бути право вимоги вчинення будь-якої правомірної дії, що заслуговує на захист, підкреслюючи при цьому, що ніколи норми цивільних кодексів або інших актів цивільного законодавства не обмежували змісту зобов'язання ознакою лише його майнового характеру². В сучасних умовах можливість існування немайнових зобов'язань узгоджується, на нашу думку, з принципом свободи договору та новим поглядом на сутність і роль нематеріальних благ у цивільному обороті.

Багатоманітність зобов'язань зумовлює необхідність їх класифікації з використанням різних класифікаційних критеріїв.

Залежно від підстави виникнення зобов'язання поділяються на **договірні і недоговірні**.

Договірне зобов'язання – це відносне правовідношення між юридично рівними і майново самостійними особами, що виникає на підставі договору, який виражає їх загальну волю на досягнення цивільно-правових результатів майнового чи немайнового характеру, настання котрих відбувається у разі здійснення боржником певних активних дій, що відповідають праву вимоги кредитора і не зачіпають прав та законних інтересів третіх осіб, які не є учасниками зазначеного правовідношення.

Недоговірне зобов'язання – відносне правовідношення між юридично рівними і майново самостійними особами, що виникає на підставі або правомірних односторонніх дій особи (правочинів чи юридичних вчинків), або неправомірних дій особи, наслідки за якими настають незалежно чи, навіть, всупереч їх волі. На відміну від договірних зобов'язань, зміст та наслідки недоговірних визначаються імперативними приписами актів цивільного законодавства, що не можуть змінюватися стороною (сторонами) зобов'язання.

Залежно від характеру поведінки боржника зобов'язання поділяються на **зобов'язання з позитивним або негативним змістом**.

За зобов'язанням з позитивним змістом боржник зобов'язаний вчинити певну дію на користь кредитора (наприклад, передати майно, виконати роботу, надати послугу тощо).

За зобов'язанням з негативним змістом боржник зобов'язаний утримуватися від здійснення певної дії. Як уже зазначалося, такі зобов'язання як самостійні є нетиповими. Зазвичай, зобов'язання з негативним змістом супроводжує зобов'язання з позитивним змістом. Так, згідно зі ст. 942 ЦК зберігач за договором зберігання зобов'язаний вживати усіх заходів, встановлених договором, законом, іншими

¹ Иоффе О. С. Вказ. праця. – С. 14-15.

² Новицький І. Б., Луц Л. А. Общее учение об обязательстве. – М.: Госюриздат, 1950. – С.56-60.

актами цивільного законодавства, для забезпечення схоронності речі (активні дії). Одночасно зберігач, відповідно до вимог ст. 944 ЦК, без згоди поклажодавця має утримуватися від користування річчю, переданою йому на зберігання, та передачі її у користуванні іншій особі.

Залежно від концентрації прав і обов'язків суб'єктів зобов'язання останні поділяються на **односторонні і взаємні**.

У **односторонніх зобов'язаннях** одна сторона має тільки права, а друга – лише обов'язки, тоді як у взаємних зобов'язаннях кожна сторона має як права, так і обов'язки. Прикладом одностороннього зобов'язання є, зокрема, зобов'язання з позики, у якому позикодавець має одне тільки право вимагати повернути йому борг, а боржник має лише один обов'язок – повернути борг. Прикладом взаємного зобов'язання є зобов'язання з підряду, в якому підрядник зобов'язаний виконати певну роботу і має право вимагати її оплати замовником, а замовник зобов'язаний сплатити підряднику певну суму грошей і має право вимагати від нього виконання певної роботи.

Залежно від цільового призначення зобов'язання поділяються на **головні та додаткові (акцесорні)**.

Додатковим (акцесорним) є зобов'язання, призначене для забезпечення виконання **головного зобов'язання**. Саме тому додаткові зобов'язання мають допоміжний характер, а їх юридична доля залежить від долі головного зобов'язання. До додаткових зобов'язань належать зобов'язання з неустойки, поруки, застави, притримання та завдатку, які згідно зі ст. 546 ЦК можуть забезпечити виконання головного зобов'язання¹. Наслідками акцесорного характеру цих зобов'язань є те, що, по-перше, недійсність основного зобов'язання спричиняє недійсність правочину (зобов'язання) щодо його забезпечення, якщо інше не встановлено ЦК (ч. 2 ст. 548 ЦК), а, по-друге, недійсність правочину щодо забезпечення виконання зобов'язання не спричиняє недійсність основного зобов'язання (ч. 3 ст. 548 ЦК).

З урахуванням предмета виконання виокремлюються **однооб'єктні, альтернативні, факультативні та грошові зобов'язання**².

Окремий вид складають **зобов'язання особистого характеру**, тобто зобов'язання, пов'язані з їх суб'єктами. Йдеться, наприклад, про зобов'язання письменника, науковця тощо створити за договором відповідний об'єкт права інтелектуальної власності на замовлення іншої сторони (ст. 1112 ЦК). У такому зобов'язанні обов'язок боржника може виконуватися лише ним особисто і не може бути покладений на іншу особу, оскільки це протирічить суті даного зобов'язання (ст. 528 ЦК). За таки-

¹ Гарантія як спосіб забезпечення виконання зобов'язання не є акцесорним зобов'язанням, оскільки відповідно до ст. 562 ЦК зобов'язання гаранта кредитором не залежить від основного зобов'язання (його припинення або недійсності), зокрема і тоді, коли у гарантії міститься посилання на основне зобов'язання. Дет. про це див. главу даного підручника

² Дет. про це див. главу 31 даного підручника.

ми зобов'язаннями не може бути правонаступництва; і тому вони припиняються зі смертю боржника або кредитора (ст. 608 ЦК).

Запропонована класифікація зобов'язань має істотне практичне значення для відокремлення одних зобов'язань від інших, але вона, як слушно зазначає М. Д. Сгоров, не складає єдиної системи, яку можна було б використовувати при систематизації законодавства¹. У науці давно вже триває дискусія з питання побудови єдиної класифікації, перш за все, договірних зобов'язань. Науковці пропонували використовувати при цьому різні класифікаційні критерії: зміст і характер взаємного господарського обслуговування контрагентів²; спрямованість зобов'язальних правовідносин³; економічної мети і правового результату⁴. Але запропонована класифікація не забезпечує необхідної для усіх зобов'язань правової спільності. Ось чому прийнятною видається позиція, висловлена М. І. Брагинським, щодо необхідності використання багатоступеневої класифікації договорів⁵. При цьому на кожному окремо взятому ступені класифікації необхідно застосовувати єдиний класифікаційний критерій, який дасть можливість виявити найбільш істотні розбіжності у зобов'язальних відносинах. З урахування вказаного усі зобов'язання можуть бути поділені на два типи – договірні і недоговірні. Кожен з цих типів зобов'язань складають відповідні групи. Групи зобов'язань, у свою чергу, поділяються на відповідні види, а останні – на підвиди зобов'язань. Отже, договірні зобов'язання можуть бути поділені на наступні групи: зобов'язання про передачу майна у власність; зобов'язання про передачу майна у користування; зобов'язання про виконання робіт; зобов'язання про надання послуг; зобов'язання щодо розпорядження правами інтелектуальної власності; зобов'язання, що виникають з багатосторонніх правочинів.

У свою чергу, зазначені групи договірних зобов'язань можуть поділятися на відповідні види та підвиди. Так, зокрема, зобов'язання про передачу майна у користування поділяються на: зобов'язання з найму (оренди) майна та зобов'язання з позички; а зобов'язання з найму (оренди), у свою чергу, поділяються на підвиди: зобов'язання з прокату майна, зобов'язання з найму (оренди) земельної ділянки, зобов'язання з найму будівлі або іншої капітальної споруди, зобов'язання з найму (оренди) транспортного засобу, зобов'язання з лізингу.

¹ Див.: Гражданское право: Учеб. – Изд. 3-е / Под ред. А. П. Сергеева и Ю. К. Толстого. – Часть 1. – М.: Проспект. – С. 488.

² Аскназий С. И. Очерки хозяйственного права СССР. – Л., 1926. – С. 65.

³ Красавчиков О. А. Система отдельных видов обязательств // Сов. юстиция. – 1960. – № 5. – С. 42–43.

⁴ Гордон М. В. Система договоров в советском гражданском праве / Учеб. зап. Харьков. юрид. ин-та. – 1954. – Вып. – 5. – С. 65–87.

⁵ Брагинский М. И., Витрянский В. В. Договорное право. Книга первая. Общие положения. – М.: Статут, 1999. – С. 399. Брагинский М. И. Общее учение о хозяйственных договорах. – Минск, 1967. – С. 30.

Другий тип зобов'язань – недоговірні зобов'язання – поділяються на наступні групи: регулятивні та охоронні¹.

У свою чергу, наприклад, охоронні зобов'язання поділяються на такі види: зобов'язання з відшкодування шкоди; зобов'язання зі створення загрози життю, здоров'ю, майну фізичної особи або майну юридичної особи; зобов'язання з набуття, збереження майна без достатньої правової підстави. Нарешті, зобов'язання з відшкодування шкоди поділяються, зокрема, на підвиди, як: зобов'язання з відшкодування шкоди, завданої у разі здійснення особою права на самозахист; зобов'язання з відшкодування шкоди, заподіяної органом державної влади, органом влади

Автономної Республіки Крим або органом місцевого самоврядування; зобов'язання з відшкодування шкоди, завданої незаконними рішеннями, діями чи бездіяльністю органу дізнання, попереднього (досудового) слідства, прокуратури або суду; зобов'язання з відшкодування шкоди, заподіяної малолітньою або неповнолітньою особою; зобов'язання з відшкодування шкоди, завданої джерелом підвищеної небезпеки; зобов'язання з відшкодування шкоди, заподіяної каліцтвом, іншим ушкодженням здоров'ю або смертю.

§ 3. Підстави виникнення зобов'язань

Підстави виникнення зобов'язань – це певні юридичні факти або їх сукупність (юридичний склад), з настанням яких правові норми пов'язують виникнення зобов'язального правовідношення між кредитором і боржником. Оскільки зобов'язання є різновидом цивільного правовідношення, вони, згідно з ч. 2 ст. 509 ЦК, **виникають з підстав, встановлених ст. 11 ЦК** для виникнення цивільних прав і обов'язків. Йдеться про договори та інші правочини, акти органів державної влади, органів влади Автономної Республіки Крим або органів місцевого самоврядування, заподіяної майнової (матеріальної) та моральної шкоди іншій особі, інші юридичні факти (дії або події). Найпоширенішою підставою виникнення зобов'язання є **договір** (двосторонній або багатосторонній правочин). Мова йде, перш за все, про договори, передбачені актами цивільного законодавства, у тому числі безпосередньо ЦК (купівля-продаж, дарування, рента, довічне утримання (догляд) тощо (**понайменовані договори**). Але з урахуванням правила, закріпленого у ст. 6 ЦК, підставою виникнення зобов'язання можуть бути і договори, що хоча і не передбачені зазначеними актами, але які відповідають загальним засадам цивільного законодавства (**непонайменовані договори**).

Підставою виникнення зобов'язання можуть бути також **односторонні правочини**. Прикладом останнього є публічна обіцянка винагорода без оголошення конкурсу або за результатами конкурсу, оскільки у разі виконання завдання і передавання його результату осо-

¹ Дет. див. § 1 цієї глави.

ба, яка публічно обіцяла винагороду, зобов'язана виплатити її (ст. 1184 ЦК), а переможець конкурсу має право вимагати від його засновника виконання свого зобов'язання (ст. 1156 ЦК). Отже, при цьому, як зазначав Б. Б. Черепакін, особа шляхом одностороннього волевиявлення надає іншій особі суб'єктивне право, покладаючи правовий обов'язок на саму себе¹.

Акти органів державної влади, органів влади Автономної Республіки Крим та органів місцевого самоврядування, що діють як суб'єкти не приватного, а публічного права, за своєю юридичною природою є адміністративними (владними) актами. Саме тому вони безпосередньо можуть бути підставою виникнення зобов'язання лише у випадках, встановлених актами цивільного законодавства. Водночас зазначені адміністративні акти можуть бути підставою для укладення договорів. При цьому вони впливають як на зміст договору, так і на зміст зобов'язання, що ним породжується, оскільки згідно зі ст. 648 ЦК зміст договору, укладеного на підставі правового акта органу державної влади, органів влади Автономної Республіки Крим та органів місцевого самоврядування, обов'язковий для сторін (стороні) договору, має відповідати цьому акту.

Підставою виникнення зобов'язання можуть бути і **неправомірні дії** особи (правопорушника). Йдеться про заподіяння шкоди іншій особі та про набуття або збереження майна однією особою за рахунок іншої без достатньої правової підстави. Сутність таких охоронних зобов'язань полягає, відповідно, в обов'язку правопорушника відшкодувати завдану майнову (матеріальну) та моральну шкоду або повернути; потерпілому набуте чи збережене майно. Однак, хоча такі зобов'язання виникають з неправомірних дій, вони спрямовані на досягнення правомірного результату – відновлення порушеного майнового стану учасників майнового обороту². Особами, які вчинили неправомірні дії, можуть бути як фізичні, так і юридичні особи, у тому числі й органи публічної влади.

Підставою виникнення зобов'язань можуть бути також **інші юридичні факти**. По-перше, йдеться про правомірні дії, що не є правочинами, а належать до юридичних вчинків, які не спрямовані на створення правових наслідків, хоча останні настають внаслідок приписів норм права. Прикладом такого юридичного факту є дія особи із створення, зокрема, літературних, художніх творів. По-друге, мова йде про юридичні факти – події, що виникають та існують незалежно від волі людей і які можуть бути підставою виникнення зобов'язання у випадках, передбачених актами цивільного законодавства або договором. Приклад такого юридичного факту – стихійне лихо, настання

¹ Черепакін Б. Б. Правопреемство по советскому гражданскому праву. – М.: Госюриздат, 1962. – С. 29.

² Див.: Гражданское право Украины: Учеб. / Под ред. А. А. Пушкина, В. М. Самойленко. – Часть 1. – С. 341–342.

якого за умовами договору страхування є страховим випадком. У разі настання вказаного випадку, обумовленого договором страхування, страховик згідно зі ст. 988 ЦК зобов'язаний здійснити страхову виплату в строк, встановлений договором.

У випадках, передбачених актами цивільного законодавства, цивільні зобов'язання можуть виникати з рішення суду. Прикладом такого юридичного факту є, зокрема, рішення суду про зміну договору в зв'язку з істотною зміною обставин (ч. 4 ст. 652 ЦК).

§ 4. Суб'єкти зобов'язань

Як вже зазначалося, суб'єктами (сторонами) зобов'язань є **кредитор і боржник** (ч. 1 ст. 510 ЦК). У односторонньому зобов'язанні кредитор має лише право, а боржник – обов'язок; а у двосторонньому (взаємному) зобов'язанні кожна із сторін має як права, так і обов'язки. Якщо кожна із сторін у зобов'язанні 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 (ч. 3 ст. 510 ЦК). Зазвичай, у зобов'язанні є один кредитор і один боржник, але є й такі зобов'язання, у яких може бути декілька кредиторів та (або) боржників. У вказаних таких випадках йдеться про зобов'язання з **множинністю суб'єктного складу**. Множинність може бути трьох видів, а саме: активна; пасивна та змішана. Оскільки кредитор у зобов'язанні є активною стороною, яка має право вимагати його виконання, активна множинність має місце при наявності у зобов'язанні декількох кредиторів. Через пасивну роль, що належить боржникові у зобов'язанні, множинність на його боці йменується пасивною. У разі наявності у зобов'язанні декількох кредиторів і боржників йдеться про змішану множинність у суб'єктному складі зобов'язання.

Залежно від поділу прав і обов'язків між співкредиторами та (або) співборжниками зобов'язання з множинністю суб'єктного складу поділяються на **часткові і солідарні**. При множинності осіб на боці боржника може виникнути, поряд з основним, й **субсидіарне зобов'язання**¹. У зобов'язаннях, **крім сторін**, можуть бути й інші особи, які не є його суб'єктами (сторонами) і називаються **третьими особами**. Зобов'язання за участю третіх осіб мають внутрішню диференціацію і охоплюють зобов'язання **на користь третьої особи**; зобов'язання, що **виконуються третьою особою**, **регресні зобов'язання**. Враховуючи відносний характер зобов'язань, усі права та обов'язки, що складають їх зміст, як правило, виникають для його суб'єктів (сторін). Саме тому, згідно зі ст. 511 ЦК, зобов'язання не створює обов'язку для третьої особи. Що ж стосується прав третіх осіб щодо боржника та (або) кредитора, то вони можуть породжуватися зобов'язанням, але лише у випадках, передбачених у договорі. Так, згідно зі

¹ Дет. про це див. главу 31 даного підручника.

ст. 636 ЦК при укладенні договору на користь третьої особи остання може вимагати від боржника його виконання; а з моменту вираження третьою особою наміру скористатися своїм правом сторони договору не можуть розірвати або змінити договір без її згоди, якщо інше не встановлено договором чи законом. Отже, **зобов'язання на користь третьої особи – це зобов'язання, виконання за яким боржник повинен здійснити не кредитору, а іншій (третій) особі, котра має право вимагати його виконання та висловила намір скористатися своїм правом.** Прикладом такого зобов'язання є зобов'язання з договору банківського вкладу на користь третьої особи (ст. 1063 ЦК).

Зобов'язання, що виконуються третьою особою – ті, виконання обов'язку за яким покладено боржником на іншу (третю) особу. Таке може мати місце за будь-яким зобов'язанням, якщо тільки з умов договору, актів цивільного законодавства або суті зобов'язання не випливає обов'язок боржника виконати зобов'язання особисто.

Регресні зобов'язання, які за своєю природою є правом зворотної вимоги, виникають тоді, коли боржник за основним зобов'язанням виконує його замість третьої особи або через її вину. Так, згідно зі ст. 544 ЦК боржник, який виконав солідарний обов'язок за основним зобов'язанням, має право на зворотну вимогу (регрес) до кожного з решти солідарних боржників. У цьому разі боржник за основним зобов'язанням, що виконав його також за інших осіб (котрі у такій ситуації розглядаються як треті особи), стає кредитором у регресному зобов'язанні, а боржником у ньому будуть зазначені треті особи. Право зворотної вимоги (регресу) має і особа, яка відшкодувала шкоду, завдану іншою особою (ст. 1191 ЦК). Так, згідно з ч. 3 ст. 1172 ЦК у разі, якщо підприємницьке товариство або кооператив відшкодували шкоду, завдану їх учасником (членом) під час здійснення останнім підприємницької або іншої діяльності від імені товариства чи кооперативу, вони мають право регресу до відповідного учасника (члена).

При цьому в регресному зобов'язанні відповідне підприємницьке товариство або кооператив виступають кредитором, а їх учасник (член), з вини якого виникла шкода (третя особа), – боржником.

Отже, **регресним є зобов'язання, за яким одна особа (кредитор) має право вимагати від другої особи (боржника) передачі відповідної грошової суми або майна, переданих (сплачених) замість нього чи з його вини кредитору за основним зобов'язанням.**

Пов'язаність регресного зобов'язання з основним свідчить про його особливий (похідний) характер. Це знаходить прояв, по-перше, у тому, що саме 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). По-третє, перебіг позовної давності за регресним зобов'язанням починається від дня виконання основного зобов'язання (ч. 6 ст. 261 ЦК).

Але слід мати на увазі наступне. Хоча регресне зобов'язання пов'язане з основним зобов'язанням, кожне з них має самостійний характер. Регресне зобов'язання не може розглядатися як додаткове (акцесорне) зобов'язання щодо основного зобов'язання. Адже акцесорне зобов'язання (наприклад, зобов'язання із застави) припиняється з припиненням основного зобов'язання (ч. 1 ст. 593 ЦК), тоді як регресне зобов'язання виникає саме при припиненні основного зобов'язання через його виконання.

За загальним правилом зобов'язання виконуються тими самими особами, які були кредитором і боржником під час їх виникнення. Але законодавство передбачає можливість заміни осіб (як кредитора, так і боржника) при збереженні предмета і змісту зобов'язання. При цьому відповідний суб'єкт вибуває, а його права та обов'язки переходять до особи, що його замінює.

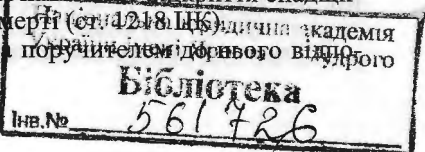
Заміна кредитора може відбуватися на підставах, встановлених ст. 512 ЦК. По-перше, такою підставою може бути відступлення права вимоги (цесія), що відбувається за двостороннім правочином (договором), який укладається між первісним кредитором (цедентом) та новим кредитором (цесіонарієм). Даний договір може бути: як відплатним, так і безоплатним; як реальним, так і косенсуальним; як абстрактним, так і каузальним. По-друге, заміна кредитора може мати місце на підставі закону за наявності встановлених ним юридичних фактів.

Стосовно такої підстави заміни кредитора, якою є відступлення права вимоги, ЦК у ст. 513 закріплює правило щодо форми договору між первісним та новим кредиторами. Суть його полягає у наступному. Договір щодо заміни кредитора має вчинятися у такій самій формі, що і договір, на підставі якого виникло зобов'язання, право вимоги за котрим передається, а якщо цей договір підлягає державній реєстрації, то вона є необхідною також для договору щодо заміни кредитора, якщо інше не встановлено законом.

Заміна кредитора на підставі закону відбувається у разі: універсального правонаступництва; виконання обов'язку боржника поручителем або заставодавцем (майновим поручителем); виконання обов'язку боржника третьою особою.

Заміна кредитора внаслідок правонаступництва відбувається у разі злиття, приєднання, поділу та перетворення юридичної особи (ст. 106 ЦК). Саме тому в передавальному акті або розподільчому балансі, що складається комісією з припинення юридичної особи, повинні міститися положення про правонаступництво щодо всіх зобов'язань юридичної особи, яка припиняється, стосовно всіх її кредиторів і боржників (ч. 2 ст. 107 ЦК). Така ж заміна кредитора має місце і при спадкуванні, оскільки до складу спадщини входять усі права та обов'язки, що належали спадкодавцеві на момент відкриття спадщини і не припинилися внаслідок його смерті (ст. 1218 ЦК).

При виконанні обов'язку боржника поручителем другого виду



відно до ч. 2 ст. 556 ЦК переходять усі права кредитора у цьому зобов'язанні. Таке ж за суттю правило встановлено у ст. 20 Закону України «Про застава» від 2 жовтня 1992 р.¹ також стосовно майнового поручителя, який у повному обсязі задовольнив вимоги заставодержателя.

Нарешті, згідно зі ст. 528 ЦК до третьої особи, що задовольнила вимогу кредитора (навіть, без згоди на це боржника у разі небезпеки втратити право на його майно внаслідок звернення кредитором стягнення на останнє), переходять права кредитора у зобов'язанні.

Зазначений перелік випадків заміни кредитора на підставі закону не є вичерпним, оскільки згідно з ч. 2 ст. 512 ЦК кредитор у зобов'язанні може бути замінений і у інших випадках, передбачених законом. Так, згідно зі ст. 362 ЦК у разі продажу частки у праві спільної часткової власності з порушенням переважного права купівлі співвласник може вимагати переведення на нього прав і обов'язків покупця.

Таким чином, новий Цивільний кодекс значно розширив підстави заміни кредитора у зобов'язаннях. Разом з тим така заміна може мати місце не завжди. Заміна кредитора не допускається у зобов'язаннях, нерозривно пов'язаних з особою кредитора, зокрема про відшкодування шкоди, завданої каліцтвом, іншим ушкодженням здоров'я або смертю (ст. 515 ЦК). Це пов'язано з тим, що зазначені зобов'язання нерозривно пов'язані з особою кредитора, а відповідні платежі, які зобов'язаний здійснювати боржник на його користь, мають суто цільовий характер. Крім того, кредитор не може бути замінений у зобов'язанні, якщо це передбачено законом або договором (ч. 3 ст. 512 ЦК). Наприклад, за договором факторингу (фінансування під відступлення права грошової вимоги) наступне відступлення фактором права грошової вимоги третій особі не допускається, якщо інше не встановлено договором (ч. 1 ст. 1083 ЦК).

Стосовно обсягу прав, що переходять до нового кредитора, ЦК у ст. 514 закріплює правило, згідно з яким до нового кредитора переходять усі права первісного кредитора у зобов'язанні, що існували на момент переходу цих прав, якщо інше не встановлено договором або законом. Таким чином, за загальним правилом, до нового кредитора переходять права, які складають зміст правочинів щодо забезпечення виконання зобов'язання (застава, порука тощо), які існували на момент переходу прав.

Первісний кредитор у зобов'язанні повинен передати новому кредиторові усі документи, які засвідчують права, що йому передаються, та інформацію, яка є важливою для їх здійснення. Виконання цього обов'язку первісним кредитором має суттєве значення, оскільки боржник має право не виконувати свого обов'язку за зобов'язанням новому кредиторові до надання йому доказів переходу прав до нього (ст. 517 ЦК).

¹ Відомості Верховної Ради України. – 1992. – № 47. – Ст. 642.

Первісний кредитор згідно зі ст. 519 ЦК відповідає перед новим кредитором лише за недійсність переданої йому вимоги. Якщо вимога, передана первісному кредиторі, є дійсною, але боржник не виконує свого обов'язку за зобов'язанням новому кредиторі, первісний боржник не несе за це відповідальності, крім випадків, коли він поручився за боржника перед новим кредитором.

Порядок заміни кредитора у зобов'язанні встановлено у ст. 516 ЦК. Оскільки заміна кредитора не зачіпає прав боржника і для нього не має принципового значення, кому (первісному чи новому кредиторі) передати виконання зобов'язання, за загальним правилом, згода боржника на це не потрібна, якщо інше не встановлено договором або законом. Однак боржника необхідно повідомити про заміну кредитора і зробити це має новий кредитор, який відповідно до ч. 2 ст. 516 ЦК несе ризик настання несприятливих для нього наслідків. Сутність цих наслідків полягає у тому, що у разі, якщо боржник не був письмово повідомлений про заміну кредитора у зобов'язанні, він має право виконати свій обов'язок первісному кредиторі, причому таке виконання визнається належним. Крім того, неповідомлення боржника у письмовій формі про заміну кредитора впливає і на обсяг заперечень, які він може висувати проти вимог нового кредитора. Так, у разі письмового повідомлення боржника про заміну кредитора, він має право висувати проти вимоги нового кредитора заперечення, які мав проти первісного кредитора на момент одержання письмового повідомлення; у випадку, коли він не був повідомлений про це, боржник має право висувати зазначені заперечення, які він мав проти первісного кредитора, на момент пред'явлення йому вимоги новим кредитором; а якщо боржник виконав свій обов'язок до пред'явлення йому вимоги новим кредитором, – на момент його виконання (ст. 518 ЦК).

При заміні боржника первісний боржник вибуває із зобов'язання і замінюється новим боржником. Отже, при цьому відбувається переведення боргу на нового боржника. З урахуванням неможливості стати стороною уже існуючого зобов'язання поза волею особи, для такої заміни потрібна згода нового боржника. Оскільки кредиторі у зобов'язанні небабдуже, хто буде виконувати зобов'язання (хоч би з урахуванням платоспроможності потенційно нового боржника), заміна боржника у зобов'язанні може мати місце лише за згодою кредитора (ст. 520 ЦК). Отже, за загальним правилом підставою для заміни боржника (переведення боргу) є багатосторонній правочин (договір), сторонами якого є кредитор, новий та первісний боржники. До форми такого правочину закон (ст. 521 ЦК) встановлює такі ж умови, що й до правочину про уступку вимоги (заміни кредитора у зобов'язанні). Новий боржник, згідно зі ст. 522 ЦК, має право висунути проти вимоги кредитора всі заперечення, що ґрунтуються на відносинах між кредитором і первісним боржником. Нарешті, закон (ст. 523 ЦК) закріплює правові наслідки заміни боржника у зобов'язанні, забезпеченому

порукою або заставою. Ці наслідки залежать від того, ким була встановлена порука чи застава. Якщо вона була встановлена іншою особою, то порука і застава (після заміни боржника) припиняються, якщо тільки поручитель або заставодавець не погодився забезпечити виконання зобов'язання новим боржником. У разі, коли застава встановлена самим боржником, вона зберігається і після його заміни у зобов'язанні, якщо інше не передбачено договором чи законом.

Глава 31. ВИКОНАННЯ ЗОБОВ'ЯЗАННЯ

§ 1. Поняття і загальні умови (засади) виконання зобов'язання

Цінність зобов'язання полягає у його виконанні.

Виконання зобов'язання – це вчинення боржником на користь кредитора певної дії або утримання від дії, яка становить предмет виконання зобов'язання.

За своєю юридичною природою ця дія є нічим іншим, як **правочинном**, оскільки вона є **правомірною та спрямованою на настання певного цивільно-правового результату – припинення зобов'язання**. Саме тому на неї поширюються загальні правила, закріплені у ЦК стосовно правочинів, у тому числі й правила щодо форми правочину (статті 205-209 ЦК).

Наявність різноманітних зобов'язань (як у межах зобов'язань договірних, так і недоговірних) обумовила необхідність закріплення в ст. 526 ЦК загальних умов (засад) виконання будь-яких зобов'язань. Згідно з ними зобов'язання має виконуватися належним чином відповідно до умов договору та вимог ЦК, інших актів цивільного законодавства, а за відсутності таких умов та вимог – відповідно до звичаїв ділового обороту або інших вимог, що звичайно ставляться. Наведена формула, з одного боку, є універсальною, оскільки містить умови виконання як договірних, так і недоговірних зобов'язань, а, з другого – у її межах залежно від типу зобов'язання (договірне чи недоговірне) наголос слід робити на певній її складовій.

Саме тому виконання недоговірних зобов'язань, що регулюється виключно імперативними приписами актів цивільного законодавства, має відбуватися відповідно до вимог зазначених актів.

Виконання договірних зобов'язань повинно відбуватися, перш за все, відповідно до умов договору, визначених і погоджених сторонами на свій розсуд (**ініціативні умови**), оскільки у цій сфері цивільних (приватних) відносин діє принцип свободи договору (ст. 627 ЦК).

Разом з цим відповідно до вимог ст. 628 ЦК зміст договору можуть

складати не тільки умови, визначені на розсуд сторін і погоджені ними, а й ті, які є обов'язковими для сторін відповідно до актів цивільного законодавства (**обов'язкові умови**)¹. За наявності у договорі таких умов договірне зобов'язання має виконуватися не тільки відповідно до ініціативних умов, погоджених його сторонами, а й згідно з вимогами ЦК та іншими актами цивільного законодавства.

Виконання зобов'язання, породженого договором, у якому певні умови відсутні і не передбачені актами цивільного законодавства, має здійснюватися відповідно до звичаїв ділового обороту або інших вимог, що звичайно ставляться. Звичай ділового обороту - правила поведінки, усталені у сфері підприємницької діяльності. Вимоги, що звичайно ставляться – це усталені положення, які використовуються у цивільному обороті його учасниками. Вони можуть стосуватися, наприклад, вимог щодо якості предмета виконання зобов'язання. Так, згідно зі ст. 673 ЦК, у разі відсутності у договорі купівлі-продажу умов щодо якості товару, продавець зобов'язаний передати покупцеві товар, придатний для мети, з якою товар такого роду звичайно використовується. Сторони зобов'язань можуть заперечувати наявність вказаних вимог.

У зазначених загальних вимогах (засадах) знайшов втілення **принцип належного виконання зобов'язання**. Належним визнається виконання, здійснене належними сторонами, відповідно до предмета виконання, у передбачений строк (термін), у визначеному місці та у належний спосіб.

Роль **принципу реального виконання зобов'язання** (виконання його у натурі), який мав особливе значення в умовах планової (директивної) економіки, нині поступово зменшується. Це пов'язано з тим, що в умовах ринкової економіки, через наявність конкурентного середовища, сплата кредиторів неустойки та відшкодування збитків, завданих невиконанням боржником зобов'язання у натурі, може задовольнити його інтерес у повному обсязі. Саме тому новий ЦК у ст. 622 обмежує сферу дії цього принципу. Так, боржник звільняється від виконання зобов'язання у натурі, якщо це **передбачено у договорі або у законі, зокрема, у разі відмови кредитора від прийняття виконання, яке внаслідок прострочення втратило для нього інтерес (ст. 612 ЦК), або передавання відступного (ст. 600 ЦК), або відмови кредитора від договору (ст. 615 ЦК)**. Але і нині цей принцип зберігає певною мірою своє значення. Про це свідчать правила, закріплені у статтях 620–621 ЦК. Так, у разі невиконання боржником обов'язку передати кредиторів у власність або у користування річ, визначену індивідуальними ознаками, кредитор має право витребувати її у боржника, а у випадку невиконання боржником для кредитора певної роботи чи ненадання йому послуги – виконати цю роботу

¹ Дет. про це див. главу 35 даного підручника.

власними силами або доручити її виконання третій особі і вимагати від боржника відшкодування збитків.

Хоча новий Цивільний кодекс не містить спеціального правила щодо неможливості односторонньої відмови від виконання зобов'язання, воно впливає із змісту ст. 525 ЦК, згідно з якою, за загальним правилом, не допускається одностороння відмова від зобов'язання або одностороння зміна його умов.

При виконанні зобов'язання сторони мають керуватися і такими загальними засадами цивільного законодавства, як **справедливість, добросовісність та розумність**. Виходячи саме з них, наприклад, замовник за договором про надання послуг зобов'язаний за наявності певних умов сплатити виконавцеві **розумну плату** (ст. 903 ЦК); підрядник у договорі підряду має право на **отримане заощадження**, що виникло в результаті здійснення ним **права на ощадливе ведення робіт**, за умови забезпечення належної їх якості (ст. 845 ЦК); замовник у договорі підряду зобов'язаний **сприяти** підрядникові у виконанні роботи у випадках, у обсязі та у порядку, встановленому договором (ст. 850 ЦК).

§ 2. Суб'єкти

та предмет виконання зобов'язання

Відносний характер зобов'язальних правовідносин зумовлює **персоніфікацію** як кредитора, так і боржника у зобов'язанні. Саме тому в ст. 527 ЦК закріплене правило, згідно з яким як боржник, так і кредитор мають, відповідно, виконати свій обов'язок або прийняти виконання **особисто**, якщо інше не встановлено договором чи законом, не впливає із суті зобов'язання або звичаїв ділового обороту.

У тих випадках, коли обов'язок боржника щодо особистого виконання зобов'язання не впливає з умов договору, вимог, що містяться у ЦК чи в інших актах цивільного законодавства або із суті зобов'язання, **можливим є передоручення виконання зобов'язання**, тобто покладення боржником виконання свого зобов'язання на іншу особу. В цьому разі кредитор згідно зі ст. 528 ЦК зобов'язаний прийняти виконання, запропоноване за боржника **іншою особою**. Оскільки **боржник при цьому не вибуває із зобов'язання**, то у разі його невиконання або неналежного виконання іншою особою обов'язок з його виконання залишається за боржником. Він згідно зі ст. 618 ЦК відповідає за порушення зобов'язання іншою особою, якщо договором або законом не встановлено відповідальність безпосереднього виконавця зобов'язання.

Цивільний кодекс, поширюючи можливості виконання зобов'язання іншою особою, передбачає у ст. 528 можливість задоволення вимоги кредитора цією особою і без згоди боржника. Таке може мати місце у разі існування небезпеки втрати іншою особою, що знаходиться у договірних відносинах з боржником, свого права на майно, зокрема, права орендаря майна боржника внаслідок звернення його

кредитором стягнення на останнє. Фактично у таких випадках відбувається заміна кредитора, оскільки до особи, яка виконала зобов'язання за боржника, переходять права кредитора у зобов'язанні; і саме тому при цьому підлягають застосуванню правила, вміщені у статтях 512–519, які регулюють заміну кредитора у зобов'язанні.

Хоча Цивільний кодекс не містить спеціального правила про **перeadресування виконання**, тобто про надання кредитором права на прийняття виконання від боржника третій особі (як це має місце при передорученні виконання зобов'язання), таке право у кредитора є, якщо з умов договору, закону або із суті зобов'язання не випливає, що прийняття виконання здійснюється ним особисто. Даний висновок випливає також із змісту ч. 2 ст. 527 ЦК. При цьому як третя особа може виступати будь-яка особа, яка має повноваження від кредитора на здійснення такої дії.

У зв'язку з існуванням зобов'язань з множинністю осіб ЦК у статтях 540–544 містить низку правил щодо суб'єкта та порядку виконання часткових, солідарних та субсидіарних зобов'язань. За загальним правилом, закріпленим у ст. 540 ЦК, до зобов'язань з множинністю осіб застосовуються правила про частковий порядок їх виконання. Суть цих правил полягає у тому, що кожний з кредиторів має право вимагати виконання, а кожний з боржників повинен виконати обов'язок у рівній частці, якщо інше не встановлено договором або актами цивільного законодавства.

Згідно зі ст. 541 ЦК солідарні зобов'язання (солідарний обов'язок або солідарна вимога) виникають у випадках, встановлених договором або законом, зокрема, у разі неподільності предмета зобов'язання.

У разі множинності на боці кредитора кожний із солідарних кредиторів відповідно до ст. 542 ЦК має право пред'явити боржникові вимогу в повному обсязі, якщо останній не виконав свій обов'язок будь-кому з них на свій розсуд до пред'явлення вимоги одним із солідарних кредиторів. При цьому виконання боржником свого обов'язку одному із солідарних кредиторів у повному обсязі звільняє його від виконання решти солідарних кредиторів. Той із солідарних кредиторів, 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.

У разі множинності на боці боржників кредитор має право вимагати виконання обов'язку частково або у повному обсязі як від усіх боржників разом, так і від будь-кого з них окремо. Надання кредиторі у такому випадку права вимагати виконання обов'язку в повному обсязі від будь-якого із солідарних боржників свідчить про встановлення у законі суттєвої пільги для кредитора. При цьому солідарні боржники залишаються зобов'язаними до того часу, поки їх обов'язок не буде виконаний у повному обсязі. Саме тому, якщо кредитор звернувся до одного із солідарних боржників, але не одер-

жав від нього виконання у повному обсязі, він має право вимагати недоодержане від решти солідарних боржників. І тільки виконання солідарного обов'язку в повному обсязі одним з боржників припиняє обов'язок решти боржників перед кредитором. У такому випадку боржник, що виконав солідарний обов'язок у повному обсязі, має згідно зі ст. 544 ЦК право зворотної вимоги (регресу) до кожного з решти солідарних боржників. При цьому діє два принципово важливі правила. **По-перше**, розмір часток кожного з решти солідарних боржників вважається рівним, якщо інше не встановлено договором або законом, а при визначенні розміру зворотної вимоги враховується частка, що припадає на боржника, який виконав солідарний обов'язок у повному обсязі. **По-друге**, несплачена одним із солідарних боржників частка, що належить такому боржникові, який виконав солідарний обов'язок у повному обсязі, припадає у рівній частці на кожного з решти вказаних боржників. **Отже, при здійсненні права на зворотну вимогу (регрес) кредитор у регресному зобов'язанні (який виконав солідарний обов'язок за основним зобов'язанням у повному обсязі) закон не надає пільги щодо можливості задоволення зазначеної вимоги за рахунок одного з решти солідарних боржників.**

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, у яких цей кредитор не бере участі (ч. 2 ст. 542 ЦК). Так само і солідарний боржник при солідарному обов'язку боржників не має права висувати проти вимоги кредитора заперечення, що ґрунтуються на таких відносинах решти солідарних боржників з кредитором, у яких цей боржник не бере участі (ч. 3 ст. 543 ЦК).

Субсидіарні зобов'язання, як уже зазначалося, можуть мати місце при множинності на боці боржника у випадках, встановлених законом або договором. При цьому на боці боржника з'являється додатковий боржник. **Особливість виконання названих зобов'язань** зумовлена двома чинниками, а саме: черговістю виконання такого зобов'язання перед кредитором та особливим характером відносин між основним і додатковим боржником. Оскільки виконання даного зобов'язання є обов'язком основного боржника, кредитор належить право вимоги саме до нього. І тільки у випадках відмови або неможливості з боку основного боржника задовольнити вимогу кредитора, останній може пред'явити вимогу у повному обсязі до додаткового боржника. Таке ж право належить кредиторіві й тоді, коли він не одержить від основного боржника в розумний строк відповіді на пред'явлену вимогу. Але слід мати на увазі, що у випадках, коли вимога кредитора може бути задоволена шляхом зарахування зустрічної вимоги до основного боржника, кредитор не може вимагати задоволення такої вимоги від додаткового боржника.

Особливий характер відносин між основним та додатковим боржником знаходить прояв у наступному. 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. Невиконання додатковим боржником цієї вимоги закону (ст. 619 ЦК) надає право основному боржнику висунути проти його регресної вимоги усі заперечення, які він мав проти кредитора.

З метою сприяння виконанню зобов'язання належними сторонами ЦК у ч. 2 ст. 527 закріплює право кожної з них **вимагати доказів** того, що обов'язок виконується **належним боржником**, а виконання приймається **належним кредитором чи уповноваженою на це особою**, та **встановлює** наслідки нездійснення стороною даного права.

Такими доказами, зокрема, можуть бути: документи, що посвідчують особу кредитора та боржника; довіреність, видана кредитором особі, яку він уповноважив на прийняття виконання від боржника; документ, що підтверджує покладання боржником на іншу особу обов'язку з виконання зобов'язання.

У разі виконання зобов'язання без встановлення особи кредитора або без перевірки наявності у іншій особі необхідних повноважень від кредитора ризик можливих наслідків покладається на боржника. Практично це означає, що належний кредитор має право вимагати від боржника нового виконання зобов'язання.

При прийнятті виконання від особи, яка не є боржником, наслідки покладаються на особу, що здійснила таке прийняття, за правилами, встановленими стосовно зобов'язань про безпідставне набуття майна (статті 1212–1215 ЦК).

Предмет виконання зобов'язання – це та конкретна річ, робота чи послуга, яку згідно із зобов'язанням боржник повинен, відповідно, передати, виконати або надати кредиторіві.

Оскільки предмет виконання залежить від конкретного виду зобов'язання, вимоги щодо нього визначаються умовами договору, нормами актів цивільного законодавства, що регулюють певні види зобов'язань. Правила щодо предмета виконання встановлені у главі 48 Цивільного кодексу лише стосовно грошових (статті 533–536) та альтернативних зобов'язань (ст. 539).

Предметом виконання грошових зобов'язань є **левна грошова сума**, що має бути сплачена: за будь-яким сплатним договором (купівлі-продажу, ренти, підряду тощо); за договором, предметом якого виступають безпосередньо гроші (позика, дарування тощо); за зобов'язанням з відшкодування недоговірної шкоди; за зобов'язанням, що виникає у зв'язку з набуттям та збереженням майна без достатньої правової підстави.

Грошове зобов'язання має бути виконане відповідно до вимог ст. 533 ЦК у **гривнях**. Це правило поширюється і на ті грошові зобов'язання, у яких був визначений його еквівалент в іноземній валюті

(ст. 524 ЦК). При цьому сума, що підлягає сплаті за такими зобов'язаннями в гривнях, визначається за офіційним курсом відповідної валюти на день платежу, якщо інший порядок її визначення не встановлений договором, законом чи іншим нормативно-правовим актом. І тільки у випадках, передбачених законом, допускається використання іноземної валюти та платіжних документів у іноземній валюті при здійсненні розрахунків за зобов'язаннями на території України. Йдеться про Декрет Кабінету Міністрів України «Про систему валютного регулювання і валютного контролю» від 19 лютого 1993 р.¹, що має силу закону.

Порядок здійснення таких розрахунків визначено Законом України «Про порядок здійснення розрахунків у іноземній валюті» від 23 вересня 1994 р.².

В умовах існування інфляційних процесів, з метою захисту майнових прав **фізичних осіб-кредиторів**, ЦК у ст. 535 передбачає можливість збільшення сум, що виплачуються їм за грошовими зобов'язаннями, пов'язаними, зокрема, з відшкодуванням шкоди, завданої каліцтвом, іншим ушкодженням здоров'я або смертю, чи вчиненням договору довічного утримання (догляду). Перелік цих зобов'язань, зазначених у ст. 535 ЦК, не є вичерпним, оскільки таке збільшення може мати місце також за іншими грошовими зобов'язаннями у випадках, передбачених договором або законом.

Підставою для збільшення сум, що виплачуються фізичним особам, є збільшення встановленого законом **неоподатковуваного мінімуму доходів громадян**. У разі його збільшення пропорційно мають зростати й суми, що виплачуються фізичним особам за зазначеними грошовими зобов'язаннями. Таке збільшення відбувається **автоматично**, без прийняття акта застосування права щодо конкретних фізичних осіб. У тих випадках, коли **підставою** виникнення грошового зобов'язання, за яким відбувається збільшення сум, що виплачуються фізичній особі, є **договір**, стороні, котра зобов'язана провадити ці виплати, надано **право вимагати розірвання такого договору** в суді, якщо вона доведе втрату нею вигоди, на одержання якої вона могла розраховувати при укладанні договору.

Виходячи з **презумпції відплатності договорів** (ч. 5 ст. 626), ЦК у ст. 536 закріплює загальне правило про сплату боржником у грошовому зобов'язанні **процентів за користування чужими коштами**, якщо інше не встановлено договором між фізичними особами. Разом з цим сплата боржником **процентів за грошовими зобов'язаннями** є обов'язком боржника і у **разі прострочення ним виконання грошового зобов'язання** (ст. 625 ЦК). Якщо юридична природа **процентів**, що повинні сплачуватися боржником у **разі прострочення виконання зобов'язання** (ст. 625 ЦК), не викликає сумніву, оскільки **йдеться**

¹ Відомості Верховної Ради України. – 1993. – № 17. – Ст. 184.

² Відомості Верховної Ради України. – 1994. – № 40. – Ст. 364.

про санкцію, особливий вид цивільно-правової відповідальності за порушення грошового зобов'язання, то **проценти**, які боржник зобов'язаний, сплачувати за користування чужими грошовими коштами (ст. 536 ЦК), за своєю юридичною природою є не санкцією, а боргом. Це пов'язане з тим, що таке користування має **правомірний характер**.

Розмір процентів за користування чужими грошовими коштами встановлюється договором, законом або іншими актами цивільного законодавства. Так, якщо за договором позики розмір процентів не був визначений сторонами, їх розмір визначається на рівні облікової ставки Національного банку України (ст. 1048 ЦК). Це правило поширюється на кредитний договір (ст. 1054 ЦК) і закріплено стосовно договорів банківського вкладу (ст. 1061 ЦК).

На той випадок, коли сум переказаного боржником платежу недостатньо для виконання грошового зобов'язання у повному обсязі, ЦК у ст. 534 передбачає черговість погашення вимог за ним. У першу чергу відшкодовуються витрати, пов'язані з одержанням кредитором виконання. У другу – сплаті підлягають проценти та неустойка. І лише у третю чергу сплачується основна сума боргу. Ці правила не мають імперативного характеру, а тому зазначена черговість погашення вимог за грошовим зобов'язанням може бути змінена сторонами договору.

Необхідність закріплення спеціальних правил щодо виконання **альтернативних зобов'язань** пов'язана з наступним. Зазвичай, як вже зазначалося, предмет виконання зобов'язання є визначеним (конкретна річ, результат конкретної роботи, певна послуга). Оскільки у альтернативному зобов'язанні боржник має вчинити на користь кредитора одну з двох або декількох дій (ст. 539 ЦК), предмет його виконання є теж «альтернативним» (наприклад, або певна річ, або певна сума грошей). Конкретизація предмета виконання альтернативного зобов'язання здійснюється стороною, якій належить право його вибору. Таке право, якщо інше не встановлено договором, актами цивільного законодавства чи не впливає із суті зобов'язання або звичаїв ділового обороту, **належить боржникові**. Але можуть бути передбачені випадки, коли в альтернативному зобов'язанні право вибору предмета виконання належить кредиторіві. Так, згідно зі ст. 678 ЦК покупець, якому за договором передано товар неналежної якості, має право вимагати від продавця пропорційного зменшення ціни або безоплатного усунення в розумний строк недоліків товару чи відшкодування витрат на усунення їх недоліків, а у разі, якщо має місце істотне порушення вимог щодо якості товару, покупець має право відмовитися від договору і вимагати повернення сплаченої за товар грошової суми чи вимагати заміни останнього.

Отже, предмет виконання у альтернативному зобов'язанні остаточно визначається особою, якій належить право його вибору.

Слід відрізнити альтернативні зобов'язання від **факультативних**. Якщо предмет виконання альтернативного зобов'язання конкретно невизначений, то у факультативному – він визначений (наприклад, річ, що підлягає передачі боржником кредитору). Але у ньому передбачено право боржника замінити предмет виконання **при настанні певного юридичного факту** (наприклад, у разі загибелі речі, визначеної індивідуальними ознаками) на **інший**, заздалегідь визначений предмет виконання (**наприклад, певну суму грошей**). При цьому згода на вказане кредитора не потрібна.

Отже, предмет виконання факультативного зобов'язання визначений, але він може бути замінений боржником на інший, заздалегідь визначений предмет, у разі настання певного юридичного факту.

§ 3. Строк (термін), місце та спосіб виконання зобов'язання

Строк (термін) виконання може бути встановлений у зобов'язанні і визначатися роками, місяцями, тижнями, днями, годинами, календарною датою або вказівкою на подію, яка має неминуче настати. Можуть існувати і такі зобов'язання, у яких строк (термін) їх виконання не встановлений або визначений моментом пред'явлення вимоги кредитором. У **першому випадку** мова йде про зобов'язання з **визначеним строком** (терміном) виконання, а у **другому** – про зобов'язання з **невизначеним строком** (терміном) виконання. З урахуванням цього у ст. 530 ЦК закріплені відповідні правила щодо строку (терміну) виконання зобов'язань.

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 навігації), підлягає виконанню з настанням цієї події.

Дострокове виконання боржником свого обов'язку згідно зі ст. 531 ЦК може мати місце лише у випадках, коли інше не встановлено договором, актами цивільного законодавства або не впливає із суті зобов'язання чи звичаїв ділового **обороту**.

У деяких випадках **право вимагати дострокового виконання зобов'язання надається кредиторіві**. Так, відповідно до ч. 1 ст. 107 ЦК кредитор юридичної особи, що припиняється шляхом злиття, приєднання, поділу та перетворення, може вимагати від неї не тільки припинення зобов'язання, а й дострокового його виконання. Право вимагати дострокового виконання зобов'язання, забезпеченого заставою, належить також заставодержателю (кредитору) у випадках, передбачених ст. 592 ЦК.

У тих випадках, коли строк (термін) виконання боржником обов'язку **не встановлений або визначений моментом пред'явлення вимоги**, кредитор має право вимагати виконання такого зобов'язан-

ня у **будь-який час**. Боржнику для належного виконання обов'язку за цим зобов'язанням надається семиденний строк від дня пред'явлення вимоги кредитора за умови, що обов'язок його негайного виконання не впливає з договору або актів цивільного законодавства.

У разі невиконання зобов'язання у визначений строк виникає правопорушення, що йменується простроченням. При цьому стороною, яка прострочила, може бути не тільки боржник, а й кредитор.

Місце виконання зобов'язання, як правило, встановлюється у договорі. Але можуть бути і такі зобов'язання, місце виконання яких у договорі не визначено. Якщо місце виконання зобов'язання визначено в договорі, виконання зобов'язання саме у цьому місці є належним. У тих випадках, коли місце виконання зобов'язання у договорі не визначено, належним вважається виконання, здійснене за місцем проживання (місцезнаходженням) боржника. Таким є загальне правило для виконання усіх зобов'язань, крім тих, для виконання яких ЦК у ст. 532 встановив інше місце виконання.

Виятки щодо місця виконання встановлені для наступних зобов'язань.

Зобов'язання про передання у власність або у користування земельних ділянок, будинків, споруд або іншого нерухомого майна підлягають виконанню за їх місцезнаходженням.

Зобов'язання про передання товару (майна), що виникають на підставі договору перевезення, виконуються за місцем здавання товару (майна) перевізникові. **Зобов'язання про передання товару (майна), що виникають будь-яких інших правочинів,** мають виконуватися за місцем виготовлення або зберігання товару (майна), за умови, що це місце було відоме кредиторіві на момент виникнення зобов'язання.

Грошові зобов'язання виконуються за місцем проживання кредитора (а якщо кредитором є юридична особа, то за її місцезнаходженням) на момент виникнення зобов'язання. Якщо кредитор на момент виконання грошового зобов'язання змінив місце проживання (місцезнаходження) і сповістив про це боржника, належним вважається виконання, що здійснене за новим місцем проживання (місцезнаходженням) кредитора. При цьому всі витрати, пов'язані із зміною місця виконання зобов'язання, покладаються на кредитора.

Зазначені правила про місце виконання зобов'язання діють, якщо інше не встановлено актами цивільного законодавства або не впливає із суті зобов'язання чи звичаїв ділового обороту.

Спосіб виконання зобов'язання – це порядок вчинення боржником дій, спрямованих на настання наслідків, що свідчать про належне виконання зобов'язання.

За загальним правилом, спосіб виконання зобов'язання обумовлюється сторонами при його виникненні. Так, сторони можуть передбачити **одноразове виконання зобов'язання у повному обсязі або допустити можливість періодичного його виконання частинами, зок-**

рема, сплати грошових сум. Якщо виконання зобов'язання частинами не встановлено договором, актами цивільного законодавства або не впливає із суті зобов'язання чи звичаїв ділового обороту, кредитор, згідно зі ст. 529 ЦК, має право не приймати вказане виконання від боржника як таке, що не є належним виконанням.

Особливий порядок встановлено у ст. 538 ЦК для **зустрічного виконання зобов'язання**. Зустрічним виконанням зобов'язання є виконання свого обов'язку однією із сторін, яке відповідно до договору обумовлене виконанням обов'язку другою стороною. Зустрічне виконання має місце у відплатних зобов'язаннях. При цьому сторони повинні виконувати свої обов'язки одночасно, якщо інше не встановлено договором, актами цивільного законодавства, не впливає із суті зобов'язання або звичаїв ділового обороту. Так, зобов'язання з купівлі-продажу речей, за загальним правилом, мають виконуватися одночасно продавцем і покупцем. Та із сторін у такому зобов'язанні, яка наперед знає про неможливість виконання нею свого обов'язку, повинна своєчасно повідомити про це другу сторону. Невиконання однією із сторін свого обов'язку є підставою для зупинення виконання зобов'язання другою стороною, відмови її від його виконання частково або у повному обсязі. Право вибору однієї із зазначених дій належить другій стороні і за характером дана дія має бути адекватною змісту правопорушення, скоєного першою стороною. Таке право належить другій стороні і за наявності очевидних підстав вважати, що перша сторона не виконає свого обов'язку у встановлений строк (термін) або виконає його не у повному обсязі. Виконання зустрічного зобов'язання однією із сторін, незважаючи на невиконання свого обов'язку другою, не звільняє останню від виконання свого обов'язку в натурі.

У тих випадках, коли боржник, через відсутність у місці виконання зобов'язання кредитора або уповноваженої ним особи, або через ухилення зазначених осіб від прийняття запропонованого належного виконання, або за наявності з їх боку іншого прострочення, а так само при відсутності представника недієздатного кредитора, позбавлений можливості виконати свій обов'язок з передачі грошей чи цінних паперів безпосередньо кредиторі або його представникові, йому згідно зі ст. 537 ЦК надано право виконати даний обов'язок **шляхом внесення належних з нього кредиторі грошей чи цінних паперів у депозит нотаріуса**. Виконання боржником свого обов'язку в такий спосіб є належним. Так, у разі, якщо замовник за договором підряду протягом одного місяця ухиляється від прийняття виконаної роботи, підрядник має право після дворазового попередження продати результати роботи, а суму виторгу, з вирахуванням усіх належних підрядникові платежів, внести у депозит нотаріуса на ім'я замовника, якщо інше не встановлено договором (ч. 5 ст. 853 ЦК).

Обов'язок з повідомлення кредитора про внесення боргу в депозит покладається на нотаріуса і здійснюється ним у відповідності з вимо-

гами глави 11 Інструкції про порядок вчинення нотаріальних дій нотаріусами України, затвердженої наказом Міністерства юстиції України від 3 березня 2004 р. № 20/5.

§ 4. Підтвердження виконання зобов'язання

У ст. 545 ЦК закріплена низка правил, спрямованих на отримання боржником письмових доказів, що підтверджують часткове або повне виконання ним свого обов'язку перед кредитором. Необхідність таких письмових доказів пов'язана з тим, що виконання зобов'язання є правочином, на який поширюються вимоги щодо його форми. Саме тому, відповідно до ст. 218 ЦК, заперечення кредитором факту виконання боржником свого обов'язку може доводитися письмовими доказами, засобами аудіо-, відеозапису та іншими доказами, крім показань свідків.

На кредитора, що прийняв виконання зобов'язання від боржника за правочином (незалежно від того, у якій формі він вчинений), покладено обов'язок видати боржникові розписку, але лише за умови, що останній вимагає цього від кредитора.

Якщо при вчиненні правочину боржник видавав кредиторowi борговий документ (наприклад, боргову розписку), кредитор після прийняття виконання зобов'язання повинен повернути його боржникові. Факт наявності боргового документа у боржника підтверджує виконання ним свого обов'язку. В тих випадках, коли кредитор не може повернути боржникові борговий документ, він зобов'язаний вказати про це у розписці, що видається останньому.

Відмова кредитора видати боржникові розписку чи повернути борговий документ тягне наступні наслідки. По-перше, вказане надає право боржнику затримати виконання зобов'язання, а, по-друге, у цьому разі настає прострочення кредитора.

Глава 32. ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ ВИКОНАННЯ ЗОБОВ'ЯЗАННЯ

§ 1. Поняття та способи забезпечення зобов'язань

Здійснення права у зобов'язальних правовідносинах залежить не лише від волі суб'єкта права, а й від волі боржника. *Загальним заходом*, що стимулює боржника до належного виконання своїх обов'язків, є можливість *стягнення збитків*. Однак така міра не завжди здатна викликати необхідний практичний результат. Можливі випадки, коли боржник не виконує свої зобов'язання, але кредитор ніяких збитків не несе або якщо і зазнає, з тих чи інших причин не зможе довести їх розмір. Можливо також, що суд (господарський суд) винесе рішення про примусове стягнення боргу, але це рішення залишається без виконання у зв'язку з відсутністю у боржника коштів та майна, на яке може бути звернено стягнення.

Тому сторони у зобов'язальних правовідносинах досить часто використовують *додаткові забезпечувальні заходи*, покликані стимулювати боржника до своєчасного та належного виконання зобов'язання шляхом встановлення невиконання невиконання чи неналежного виконання останнього.

Такі додаткові заходи у праві мають назву *способи забезпечення виконання зобов'язань*. Згідно з ЦК до них належать: неустойка, порука, гарантія, застава, притримання та завдаток. Використання тих чи інших способів забезпечення залежить від сутності забезпечуваного 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 інтерес кредитора полягає не в отриманні від боржника певної суми грошей, а у одержанні певного результату. Учасники зобов'язання можуть передбачити декілька видів забезпечення одночасно (наприклад, заставу та неустойку для забезпечення кредитного договору). Забезпечення може надаватися: а) боржником за основним зобов'язанням (неустойка, завдаток); б) третьою особою (порука, гарантія); в) а також чи то боржником, чи то третьою особою (застава).

Способи забезпечення виконання зобов'язань класифікуються за різними критеріями. Зокрема, вони можуть бути поділені на *особисті* та *речові* забезпечення. У разі встановлення особистого забезпечення (неустойка, порука, гарантія) попереднє виділення майна з метою забезпечення не відбувається. Кредитор покладається лише на ділову репутацію, порядність боржника або третьої особи (поручителя, гаранта) та свою оцінку їх платоспроможності. Речове забезпечення (застава) зменшує ризик кредитора, бо у цьому випадку він «вірить» не особі, а конкретному, заздалегідь визначеному (виділеному) майну, на яке у разі необхідності буде звернене стягнення для задоволення його інтересів.

Забезпечувальне зобов'язання має *акцесорний* (додатковий) щодо основного (забезпечуваного) зобов'язання характер: недійсність основного зобов'язання тягне за собою припинення забезпечувального зобов'язання і, навпаки, недійсність забезпечувального зобов'язання не тягне недійсності основного (ч. 3 ст. 550 ГК); забезпечувальне зобов'язання наслідує долю основного зобов'язання при переході прав кредитора іншій особі (наприклад, при відступленні вимоги за основним зобов'язанням – ст. 516 ЦК); припинення основного зобов'язання тягне також припинення забезпечувального. Отже, акцесорність означає, що забезпечувальне зобов'язання не існує само по собі, воно виникає для обслуговування конкретного зобов'язання і наслідує його долю. Винятком з правила акцесорності забезпечувальних зобов'язань за ЦК є гарантія, сконструйована як *самостійний*, відірва-

ний від конкретного основного зобов'язання спосіб забезпечення виконання зобов'язань.

Певні способи забезпечення виконання зобов'язань одночасно визначаються як заходи цивільно-правової відповідальності. До них, зокрема, належать неустойка та завдаток, стягнення яких можливе лише при наявності вини боржника.

На відміну від раніше чинного законодавства, перелік способів забезпечення виконання зобов'язань, визначений у ЦК, не є вичерпним. Окрім згаданих вище, законом чи договором можуть бути встановлені й інші способи забезпечення виконання зобов'язань.

До інших способів забезпечення виконання зобов'язань може бути віднесений договір *repo* – договір купівлі-продажу цінних паперів, з обов'язком продавця викупити їх в обумовлений строк за визначеною заздалегідь ціною. У договорі *repo* ціна продажу та викупу узгоджуються таким чином, що ціна продажу фактично виступає як сума кредиту, яка надається покупцем продавцеві, а ціна викупу дорівнює сумі кредиту та процентам за користування чужими грошовими коштами. Так, згідно зі ст. 28 Закону України «Про іпотеку» від 5 червня 2003 р.¹, власник заставної може до настання строку виконання боржником зобов'язань за заставною проводити операції з належними йому заставними для рефінансування власної діяльності, зокрема шляхом продажу заставної із зобов'язанням зворотного викупу (операція *repo*). Договори *repo* як такі є забезпечувальними засобами, вони дозволяють одночасно надати кредит та отримати забезпечення у його погашення. Тому не можна використовувати договори *repo* у забезпечення самостійного кредитного договору. В таких випадках договір *repo* набуває удаваного характеру і приховує насправді укладений договір застави.

Забезпечувальні зобов'язання можуть виникати на підставі договору або у зв'язку з настанням певних юридичних фактів, з якими закон пов'язує встановлення забезпечення. Договір про спосіб забезпечення виконання зобов'язання повинен бути укладений у письмовій формі незалежно від форми основного зобов'язання, яке може виникнути з усного договору. Недодержання письмової форми тягне за собою недійсність правочину про встановлення забезпечення.

§ 2. Неустойка

Неустойка – це визначена законом чи договором грошова сума або інше майно, яке боржник повинен передати кредиторіві у разі невиконання або неналежного виконання зобов'язання. На відміну від раніше чинного законодавства, за новим ЦК предметом неустойки може бути не тільки грошова сума, а й рухоме чи нерухоме майно.

Різновидами неустойки є штраф і пеня. Штрафом визнається неустойка, що обчислюється у відсотках від суми невиконаного або нена-

¹ Відомості Верховної Ради України. – 2003. – № 38. – Ст. 312–313.

лежно виконаного зобов'язання. Пенєю є неустойка, що обчислюється у відсотках від суми несвоєчасно виконаного грошового зобов'язання за кожен день прострочення виконання. Отже, на відміну від штрафу пенєю забезпечується *своєчасне* виконання грошового зобов'язання. Пеня – це тривала неустойка, сума якої збільшується з кожним днем прострочення.

Привабливість неустойки як способу забезпечення виконання зобов'язання полягає у тому, що, по-перше, вона стягується лише за факт винного порушення зобов'язання, незалежно від наявності у кредитора збитків, завданих невиконанням або неналежним виконанням зобов'язання; по-друге, невігідні наслідки порушення зобов'язання (розмір відповідальності у вигляді неустойки) сторони знають заздалегідь – вже на момент укладення основного зобов'язання, оскільки чи то самі визначають його договором, чи то він визначений безпосередньо актом цивільного законодавства.

Оскільки неустойка є мірою цивільно-правової відповідальності, кредитор не має права на стягнення неустойки у разі, якщо боржник звільняється від відповідальності за порушення основного зобов'язання (ст. 617 ЦК).

У відповідності з підставами встановлення розрізняють *договірну* та *законну* неустойки. Договірна неустойка встановлюється домовленістю сторін. Тому її розмір, співвідношення із збитками, порядок обчислення залежать цілком від сутності відносин за основним зобов'язанням і волі його учасників.

Законна неустойка визначається актом цивільного законодавства і застосовується незалежно від того, передбачений чи ні обов'язок її сплати домовленістю сторін. Наприклад, у ст. 709 ЦК, що визначає порядок і строки задоволення вимог споживача про заміну товару неналежної якості або усунення недоліків, встановлюється: за кожний день прострочення продавцем або виготовлювачем усунення недоліків товару і невиконання вимоги про надання у користування аналогічного товару на час усунення недоліків продавець сплачує покупцеві неустойку в розмірі одного відсотку його вартості.

Скасувати дію правила про законну неустойку сторони вчиненням правочину не мають можливості, але шляхом домовленості вони можуть збільшити розмір законної неустойки порівняно з тим, що встановлений актом цивільного законодавства. Зменшити її розмір сторони можуть лише у разі, якщо інше не передбачено актом цивільного законодавства.

Щодо збитків неустойка диференціюється на штрафну, залікову, виключну та альтернативну.

Неустойка, що стягується понад збитки, називається *штрафною*. Вказана неустойка має значення загального правила (ст. 624 ЦК) і застосовується у всіх випадках, якщо договором не передбачені інші види неустойки.

Договором може бути встановлено обов'язок відшкодувати збит-

ки лише у тій частині, у якій вони не покриті неустойкою. Остання у цьому разі матиме *заліковий* характер. Наприклад, якщо невиконанням зобов'язання заподіяно збитки на суму 1000 грн., а неустойку встановлено в сумі 600 грн., кредитор має право вимагати від боржника відшкодування збитків лише у сумі 400 грн.

Виключна неустойка обмежує відповідальність за невиконання чи неналежне виконання тільки сплатою неустойки і виключає вимоги про відшкодування збитків.

Закон дозволяє сторонам за договором встановлювати можливість стягнення кредитором або неустойки, або збитків. Така неустойка одержала назву *альтернативної*.

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

У науці цивільного права прийнято виділяти дві теорії неустойки – *штрафну* та *оціночну*. Оціночна теорія, яка закріплюється законодавством деяких європейських країн, спирається на ідею про те, що неустойка – це заздалегідь обумовлена оцінка можливих збитків. Так, згідно зі ст. 1229 Французького цивільного кодексу неустойка «є відшкодуванням за збитки, які кредитор зазнає внаслідок невиконання основного зобов'язання»¹. У країнах загального права неустойка також розглядається як договірне визначення збитків, а, отже, не виконує забезпечувальної функції². Оціночна теорія неустойки не знайшла законодавчого закріплення ані за радянських часів, ані у новому ЦК України, який розглядає її як спосіб забезпечення виконання зобов'язання, що, за загальним правилом, виконує штрафну функцію (штрафна неустойка), але може виконувати поряд зі штрафною й компенсаційну (залікова, виключна, альтернативна неустойка). Як зазначав О. С. Йоффе, компенсаційна функція неустойки не має нічого спільного з її «оціночним» характером, оскільки у першому випадку враховуються цілі, на які стягнена неустойка використовується, а у другому їй надається властивість заздалегідь оцінити розмір можливих при порушенні зобов'язання збитків³.

Оскільки неустойка переслідує як мету покарання несправної сторони, так і ціль відшкодування збитків, судам надається право зменшувати її розмір, якщо вона є надмірно високою, 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, котрі беруть участь у

¹ *Годеме Е.* Общая теория обязательств. – М., 1948. – С. 395; Гражданское и торговое право капиталистических государств: Учеб. – М., 1993. – С. 304-305.

² *Вильям Р. Ансон.* Основы договорного права. – М., 1947. – С. 321.

³ *Див. Його:* Обязательственное право. – М., 1975. – С. 165.

зобов'язанні, тощо). Суд може зменшити розмір неустойки але не виключити повністю її стягнення. Вона може бути зменшена тільки до розміру заподіяних кредитором збитків, причому відшкодування останніх повинно поставити потерпілу сторону не у те становище, у якому вона перебувала до укладення договору, а у становище, якого вона набула б, якби договір було виконано належним чином.

Сплата (передача) неустойки і відшкодування збитків не звільняють боржника від виконання зобов'язання у натурі, якщо інше не встановлено законом або договором (ч. 1 ст. 622 ЦК).

До вимог про стягнення неустойки застосовується скорочений строк позовної давності – в один рік (ст. 258 ЦК).

§ 3. Поручка

Сутність поручки як способу забезпечення виконання зобов'язання полягає у тому, що третя особа (поручитель) зобов'язується перед кредитором іншої особи *нести відповідальність* у разі невиконання останньою її обов'язку перед кредитором.

Отже, поручитель *не зобов'язаний виконувати обов'язок* боржника за основним зобов'язанням (реальне виконання останнього іншою особою часто буває взагалі неможливим). Його роль цілком доцільно обмежена законодавцем обов'язком нести відповідальність за боржника. Однак поручитель має *право* виконати забезпечене ним зобов'язання з метою запобігти сплаті кредитору додаткових сум, що можуть бути викликані простроченням виконання (проценти, збитки).

Встановлення поручки оформлюється договором, який укладається між поручителем і кредитором за основним зобов'язанням. Якщо договір поручки укладений як тристоронній договір між поручителем, боржником та кредитором, немає підстав визнавати його недійсним, коли всі суттєві умови поручки у ньому викладені¹. Суб'єктами договору поручки можуть бути будь-які особи як фізичні, так і юридичні.

Необхідність в укладенні договору між поручителем та боржником виникає, коли постає питання про оплату послуг поручителя: вимагати виплати винагороди за надану послугу поручитель має тільки тоді, коли про це є спеціальна угода між ним і боржником.

Договір поручки вважається укладеним, коли сторони досягли згоди зі всіх суттєвих умов (консенсуальний) і дотрималися письмової форми. Недодержання останньої робить договір нікчемним. За бажанням сторін він може бути нотаріально посвідчений. Доцільність цього виявляється у разі необхідності заявлення вимог до поручителя. Останній може виконати свій обов'язок перед кредитором добровільно. В протилежному випадку постає питання про судовий примус, якого можна уникнути, якщо договір поручки був нотаріально

¹ Брагинский М. И., Витрянский В. В. Договорное право: Общие положения. – М.: Статут, 1997. – С. 462.

посвідчений – стягнення відповідної суми здійснюватиметься на підставі виконавчого напису нотаріуса¹.

Зміст, зобов'язання, що встановлюється договором поруки, полягає у тому, що поручитель зобов'язується при порушенні боржником основного зобов'язання, забезпеченого порукою, нести відповідальність перед кредитором поряд з боржником за основним зобов'язанням (одностороннє зобов'язання). За загальним правилом боржник та поручитель відповідають перед кредитором як *солідарні боржники*. Отже, кредитор може заявляти свої вимоги як до боржника за основним зобов'язанням, так і до поручителя. Але договором поруки може бути встановлена *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. Якщо останній відмовився задовольнити вимогу кредитора або той не одержав від нього в розумний строк відповіді на пред'явлену вимогу, кредитор може пред'явити вимогу в повному обсязі до особи, яка несе субсидіарну відповідальність.

У договорі поруки можуть брати участь з боку поручителя декілька осіб. За загальним правилом, особи, які спільно дали поруку, відповідають перед кредитором солідарно. Особи, котрі надали поруку за різними договорами поруки, не несуть солідарної відповідальності перед кредитором, якщо інше на встановлено договором.

Обсяг відповідальності поручителя визначається договором. Якщо відповідна умова у ньому відсутня, поручитель має відповідати перед кредитором в тому ж обсязі, що і боржник, включаючи сплату основного боргу, процентів, неустойки, відшкодування збитків (ч. 2 ст. 554 ЦК). В цьому разі вважається, що поручитель взяв на себе обов'язок нести *повну* відповідальність за боржника. Договором може бути встановлена відповідальність поручителя у певній частці.

Крім обов'язку відповідати за боржника, поручитель за договором поруки має інший супроводжувальний обов'язок – повідомити боржника про одержання вимоги від кредитора, а у разі подання позову до нього – подати клопотання про залучення боржника до участі у справі. Невиконання цього обов'язку надає боржникові право, у разі пред'явлення до нього зворотної вимоги поручителем, висувати проти нього усі заперечення, які він мав би проти кредитора (борг погашено, не настали строки розрахунків тощо).

У разі заявлення 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 дані заперечення також у разі, якщо боржник відмовився від них або визнав свій борг.

¹ Перелік документів, за якими стягнення заборгованості провадиться у безспірному порядку на підставі виконавчих написів нотаріусів, затверджений постановою КМУ від 29 червня 1999 р. ; 1172 (п. 1) // Офіційний вісник України. – 1999. – № 26. – С. 1241.

Відносини між поручителем і боржником після виконання поручителем свого обов'язку перед кредитором ґрунтуються на нормах цивільного законодавства. Поручитель, який виконав за боржника його зобов'язання, набуває всіх прав кредитора за основним зобов'язанням. Якщо виконання зобов'язання, забезпеченого порукою, здійснено декількома поручителями, до кожного з них переходять права кредитора у розмірі частини обов'язку, що ним виконана. У свою чергу, кредитор, який одержав виконання від поручителя, зобов'язаний вручити йому документи, що посвідчують вимоги до боржника (розписку тощо).

Боржник, який виконав зобов'язання, забезпечене порукою, повинен негайно повідомити поручителя. Це необхідно задля того, щоб не відбулося подвійне виконання зобов'язання. 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.

Порука припиняється у разі припинення забезпеченого порукою зобов'язання (це безпосередньо випливає з акцесорності забезпечувального 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; спливу строку, на який надана порука.

Строк поруки визначається договором. Якщо строк дії договору поруки не встановлений у договорі, законодавство передбачає два правила залежно від того: визначеним чи невизначеним є строк дії основного зобов'язання. Якщо строк дії останнього зобов'язання визначений, порука припиняється, коли кредитор протягом шести місяців від дня настання строку виконання основного зобов'язання не пред'явить *вимоги* до поручителя. Якщо 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. За своєю природою ці строки преклюзивні. Вони не можуть бути призупинені, перервані чи відновлені. Тільки у їх межах кредитор може вимагати від поручителя виконання його обов'язку, нести відповідальність за боржника.

Розглядаючи питання про припинення поруки, не можна не звернути уваги на наступну проблему. В чч. 2, 4 ст. 559 ЦК законодавець використовує два терміни «*вимога*» та «*позов*». За своїм змістом термін «*вимога*» є ширший, ніж термін «*позов*». Позовом є вимога, заявлена у відповідності з цивільно-процесуальним законодавством, тобто процесуальна вимога. Отже, буквальне тлумачення положення Кодексу про припинення поруки, коли кредитор протягом шести місяців від

дня настання строку виконання основного зобов'язання не пред'явить вимоги до поручителя, якщо строк дії основного зобов'язання визначений, дозволяє зробити висновок: протягом шести місяців законодавець зобов'язує пред'явити не позов, а лише вимогу до поручителя, а вже за наявності такої вимоги й позов протягом строку позовної давності. Якщо ж співставити розглянуте положення з іншою частиною цієї норми, де йдеться про припинення поруки, якщо кредитор не пред'явить позову до поручителя протягом одного року від дня укладення договору поруки (коли строк основного зобов'язання не встановлений або встановлений моментом пред'явлення вимоги), стане зрозуміло: таке буквальне тлумачення не має права на існування, бо у дуже нерівному становищі опиниться особа, яка поручилася за виконання зобов'язання з визначеним строком, щодо особи, котра поручилася за виконання зобов'язання з невизначеним строком. Виходячи з цього, термін «вимога» в даному випадку слід розглядати у вузькому розумінні як процесуальну вимогу, тобто позов.

§ 4. Гарантія

Інститут гарантії, запропонований новим Цивільним кодексом, суттєво відрізняється від того, що існував за радянських часів. Тому можна однозначно стверджувати: в українському законодавстві закріплений новий спосіб забезпечення виконання зобов'язань. Суть його полягає у тому, що банк, інша кредитна установа, страхова організація (гарант) гарантує перед кредитором (бенефіціаром) виконання боржником (принципалом) свого обов'язку.

Отже, учасниками відносин, пов'язаних з видачею гарантії, є гарант, бенефіціар – кредитор за основним зобов'язанням, та принципал – боржник за основним зобов'язанням. Коло суб'єктів, які можуть виступати гарантами, законом обмежене: ними можуть бути лише банки, інші кредитні установи або страхові організації.

Гарантія – *односторонній правочин*, змістом якого є обов'язок гаранта сплатити кредитор-бенефіціару грошову суму відповідно до умов гарантії. Гарантія діє протягом строку, на який її видано, і чинна від дня її видачі, якщо у ній не встановлено інше.

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

Право бенефіціара щодо гаранта на отримання відповідної грошової суми реалізується шляхом заявлення *письмової вимоги* (наприклад, претензії), до якої додаються документи, вказані у гарантії. Заявити вимогу до гаранта можливо лише у межах строку, на який видано гарантію. Останній є преклюзивним і відновленню не підлягає. У вимозі до гаранта кредитор повинен вказати, у чому полягає порушення боржником основного зобов'язання, забезпеченого гарантією.

Поряд з основним обов'язком гаранта, що полягає у задоволенні письмової вимоги бенефіціара, ЦК встановлює для нього додаткові

обов'язки, пов'язані з розглядом вимоги бенефіціара. Зокрема, після одержання вимоги кредитора гарант повинен негайно повідомити про це боржника і передати йому копію вимоги разом з доданими до неї документами. Вимога бенефіціара повинна бути розглянута гарантом у строк, визначений в гарантії, а за його відсутності – в розумний строк. Питання про те, який строк є розумним, залежить від конкретних обставин справи і буде мати значення у разі судового розгляду в ракурсі 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 із сплати грошової суми, визначеної умовами гарантії, та за позовом про стягнення з гаранта процентів річних.

Таким чином, якщо добровільне виконання гарантом взятого на себе обов'язку відповідати перед кредитором за порушення боржником зобов'язання не відбудеться, бенефіціар має право заявити позов про стягнення грошової суми у відповідності з умовами гарантії у межах загального строку позовної давності. Поряд з цим бенефіціар має право вимагати від гаранта сплати процентів річних з простроченої суми. Отже, гарант не тільки відповідає перед бенефіціаром за порушення зобов'язання боржником, а й несе *самостійну* відповідальність за невиконання чи неналежне виконання *свого* обов'язку. І це є ніщо інше, як відповідальність боржника за грошовим зобов'язанням. За загальним правилом, така відповідальність не обмежується сумою, на яку видано гарантію, хоча гарантією може бути передбачено й інше.

Бенефіціар не може передавати іншій особі право вимоги до гаранта. Це правило має дизпозитивний характер, тобто безпосередньо у гарантії може бути передбачене протилежне. Отже, наявність чи відсутність у бенефіціара такого права залежить виключно від волі гаранта.

Інша група, що виникає у зв'язку з видачею гарантії, це відносини між гарантом та боржником-принципалом. Вони ґрунтуються на нормах цивільного законодавства та договорі між гарантом і боржником. Законом, зокрема, визначається, що гарант у разі сплати кредитором грошової суми у відповідності з умовами гарантії має право на *зворотну вимогу (регрес)* до боржника, а також має право на *винагороду* за надані боржникові послуги. Однак лише договором сторін може бути визначений *розмір* такої винагороди, а також *порядок її сплати*, оскільки безпосередньо ЦК встановлює положення про те, що «гарант має право на оплату послуг, наданих ним боржникові». Виходячи з формулювання статті, слід припустити, що послуги гаранта можуть бути і безоплатними. Друге важливе питання, яке може бути визначене домовленістю між гарантом та принципалом – розмір зворотної вимоги гаранта до боржника. Якщо це питання не врегульоване договором, діятиме загальне правило: гарант має право на регрес у межах суми, сплаченої ним за гарантією кредитором. Слід зазначити, що

відсутність письмового договору між боржником та гарантом ніяк не впливає на дійсність виданої кредитором гарантії.

Гарантії поділяються на *відкличні* та *безвідкличні*. Якщо у гарантії не зафіксовано, що вона може бути відкликана гарантом, гарантія визнається безвідкличною.

На відміну від інших способів забезпечення виконання зобов'язання, які мають похідний (акцесорний) характер, гарантія є *незалежною* від основного зобов'язання. Припинення такого зобов'язання або визнання його недійсним не тягне за собою припинення гарантії, навіть тоді, коли у ній міститься посилання на основне зобов'язання. Відмовитися від задоволення вимог кредитора гарант може тільки тоді, коли останні не відповідають умовам гарантії або сплинув строк її дії. 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.

Зобов'язання гаранта перед кредитором припиняються у разі: сплати кредитором 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. Гарант, якому стало відомо про припинення гарантії, повинен негайно повідомити про це боржника.

§ 5. Завдаток

Завдатком є грошова сума або рухоме майно, що видається кредитором боржнику в рахунок належних з нього за договором платежів, на підтвердження зобов'язання і на забезпечення його виконання. Завдаток може бути використаний при укладенні різних договорів, зокрема, купівлі-продажу, найму житлових приміщень, підряду тощо. Обмежень стосовно суб'єктного складу договору про встановлення завдатку ЦК не містить.

Виходячи з визначення, наданого законом, завдаток виконує три функції: *платіжну*, бо передається в рахунок належних за договором платежів; *посвідчувальну*, оскільки сплата завдатку є доказом факту укладення основного договору (купівлі-продажу, найму тощо); та *забезпечувальну*, бо є способом стимулювання сторін до виконання зобов'язання та відшкодування їх інтересів у разі невиконання.

Платіжна функція виконується завдатком лише у разі належного виконання сторонами договірних зобов'язань. У випадку невиконан-

ня зобов'язань завдаток як засіб цивільно-правової відповідальності починає відігравати штрафну та компенсаційну роль.

Завдаток не завжди здатен виконувати і посвідчувальну функцію. Якщо договір у відповідності з вимогами актів цивільного законодавства підлягає державній реєстрації, передача завдатку не може розглядатися як безперечний факт підтвердження укладення договору, бо такий правочин вважається вчиненим з моменту його державної реєстрації (ст. 210 ЦК), а, отже саме державна реєстрація договору – єдине підтвердження факту його укладення.

Забезпечувальна функція завдатку полягає у наступному. Коли за невиконання зобов'язання відповідальною є сторона, яка передала завдаток, він залишається у другій сторони; якщо ж за невиконання зобов'язання відповідальна сторона, яка отримала завдаток, вона зобов'язана повернути останній та додатково сплатити суму в розмірі завдатку або його вартості.

Специфіка завдатку порівняно з іншими способами забезпечення проявляється у тому, що ним можуть забезпечуватися лише *договірні грошові зобов'язання* (ст. 570 ЦК). Він не може бути використаний для забезпечення деліктних зобов'язань, тих, що виникають з безпідставного збагачення.

Договір про завдаток завжди вчиняється у письмовій формі і вважається укладеним лише після виконання обов'язку з передачі предмета завдатку контрагентові. Тлумачення договору завдатку як реального є досить традиційним¹. Іншої точки зору дотримується В. С. Ем. Він вважає: якщо сторони у договорі передбачили видачу завдатку, але не пов'язали момент його укладення з моментом передачі завдатку, то невідача останнього не може розглядатися як підстава для визнання договору неукладеним. А оскільки договір про завдаток є акцесорним, його виконання або невиконання (видача чи невідача завдатку) не можуть бути фактами, що визначають долю основного зобов'язання, забезпеченого завдатком, і впливають на його дійсність².

Від завдатку слід відрізнити *аванс* – повний або частковий платіж за договором. Згідно зі ст. 570 ЦК, якщо не буде встановлено, що сума, сплачена в рахунок належних з боржника платежів, є завдатком, вона вважається авансом. Аванс, як і завдаток, виконує посвідчувальну та платіжну функції, але не є способом забезпечення виконання зобов'язання. Якщо сторона, що одержала аванс, не виконала своїх зобов'язань, інша сторона має право вимагати лише повернення авансу, а не сплати його подвійної суми. І, навпаки, якщо відповідальною за невиконання зобов'язання буде сторона, що передала аванс, вона має право вимагати його повернення. Завдаток за своїми наслідками може бути прирівняний до авансу (тобто підлягає поверненню) лише

¹ Брагинский М. И., Витрянский В. В. Вказ. праця. – С. 486.

² Гражданское право: В 2-х томах. – Т. II. Полутом 1: Учеб. / Отв. ред. Е. А. Суханов. – 2-е изд. – М.: БЕК, 2003. – С. 62.

при наявності наступних обставин: 1) у випадку припинення зобов'язання до початку його виконання; 2) внаслідок неможливості його виконання (наприклад, у разі випадкового знищення майна, що підлягало передачі за договором).

Завдаток щодо збитків, за загальним правилом, має *заліковий* характер, тобто збитки підлягають відшкодуванню з урахуванням суми (вартості) завдатку. Однак у договорі сторони можуть домовитися, що у разі невиконання зобов'язання їх відповідальність буде обмежена лише сумою завдатку. В цьому випадку право на відшкодування збитків, не покритих сумою завдатку, не виникає. Викладене дозволяє зробити висновок, що завдаток має певну схожість з неустойкою. Однак різниця між неустойкою та завдатком полягає у тому, що, по-перше, завдаток сплачується у момент укладення договору, а неустойка тільки ним визначається; по-друге, неустойка може бути зменшена за рішенням суду, що зовсім неможливо стосовно завдатку.

Втрата завдатку особою, яка його видала, або сплата подвійної суми завдатку особою, котра його отримала, не припиняють зобов'язання, забезпеченого завдатком, та відповідно не звільняють вказаних осіб від необхідності його виконання. У той же час немає ніяких перешкод для використання завдатку як *відступного* (ст. 600 ЦК). Для цього необхідно, щоб сторони своєю домовленістю, у тому числі і у тексті договору, який забезпечується завдатком, встановили, що їх зобов'язання може бути припинено наданням (замість його виконання) відступного і що таким буде грошова сума (або рухоме майно), які внесені як завдаток, або передача контрагенту грошової суми (рухомого майна), що складає подвійну суму завдатку, якщо відступає від договору сторона, котра отримала завдаток. У цьому випадку контрагент сторони, яка використала своє право відступитися, не матиме право вимагати відшкодування збитків, бо з передачею відступного зобов'язання припиняється¹.

§ 6. Застава

Застава – це спосіб забезпечення виконання зобов'язання, при якому кредитор-заставодержатель має право у разі невиконання боржником (заставадавцем) зобов'язання, забезпеченого заставою, фдержати задоволення за рахунок заставленого майна переважно перед іншими кредиторами цього боржника, якщо інше не встановлено законом.

В умовах ринкової економіки застава є одним з найпоширеніших використовуваних інструментів забезпечення. Вона ефективно стимулює боржника до належного виконання своїх зобов'язань (побоюванням втрати майна), а у разі їх невиконання є дієвим способом задоволення інтересів кредитора. Забезпечувальна дія застави полягає

¹ Брагинский М. И., Витрянский В. В. Договорное право: Общие положения. – М.: Статут, 1997. – С. 485; Шилохвост О. Ю. Отступное в гражданском праве России. – М.: Статут, 1999. – С. 240–245.

у тому, що, по-перше, зі всієї майнової маси боржника виділяється конкретне майно, на яке у разі невиконання боржником забезпеченого зобов'язання може бути звернено стягнення; і, по-друге, кредитор-заставодержатель має можливість задовольнити свої вимоги переважно перед іншими кредиторами боржника. Отже, застава «захищає» кредиторів одночасно і від боржника, і від інших кредиторів боржника.

Термін «застава» використовується і у інших галузях права. Поряд з цивільно-правовою заставою існує «податкова», «кримінально-процесуальна», «митна», «виборча» застави. Безумовно, інститути застави галузей публічного права мають специфіку та свою сферу застосування. Використання ж єдиного терміна різними галузями права може бути пояснене лише змістовністю слова «застава». У словнику С. І. Ожегова¹ 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» у різних галузях права. Отже, і у приватному, і у публічному праві цей інститут виконує одну й ту саму забезпечувальну функцію. Різниця полягає лише у тому, що в першому випадку забезпечуються інтереси приватної особи (нею може бути і суб'єкт публічного права, що вступає у приватно-правові відносини), а у 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, що називаються юридичними фактами. У свій час О. О. Красавчиков слушно зауважував, що поняття правовідносин із закону повинно бути використане у 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 основа подібно до договору чи делікту². Отже, «законна» застава виникає не із закону як такого, а у зв'язку з настанням певних юридичних фактів, з якими закон пов'язує виникнення права застави. Так, у разі продажу товару в кредит з моменту його передання і до оплати останнього продавцю належить право застави на цей товар (ч. 6 ст. 694 ЦК); у ра-

¹ Ожегов С. И. Словарь русского языка: 70 000 слов / Под ред. Н. Ю. Шведовой. – 23-е изд. – М.: Рус. язык. – 1991. – С. 213.

² Красавчиков О. А. Юридические факты в советском гражданском праве. – М.: Госюриздат, 1958. – С. 181

зі передавання 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 в забезпечення провізних платежів (ст. 164 Кодексу торговельного мореплавства)¹.

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

Згідно зі ст. 3 Закону «Про заставу» від 2 жовтня 1992 р.² заставою може забезпечуватися будь-яке зобов'язання (договір позики, купівлі-продажу, оренди, перевезення вантажу тощо). Законодавець не надає виключного переліку вказаних зобов'язань, а лише підкреслює, що воно повинно бути дійсним, тобто таким, яке відповідає вимогам закону, не фіктивним і не погашеним давністю. Зобов'язання, яке забезпечується заставою, називається *основним* зобов'язанням. Заставне зобов'язання є акцесорним (додатковим) до основного. Воно залежить від основного, обслуговує його, а тому завжди наслідують його долю. Залежність застави від основного зобов'язання проявляється у наступному. По-перше, визнання недійсності основного зобов'язання тягне за собою й недійсність застави, при цьому підстави недійсності основного зобов'язання не мають ніякого значення. По-друге, застава зберігає силу у випадках, коли у встановленому законом порядку відбувається відступлення заставодержателем забезпеченої заставою вимоги іншій особі або переведення боржником боргу, який виникає із забезпеченого зобов'язання, на третю особу (ч. 2 ст. 27 Закону «Про заставу»). По-третє, припинення основного зобов'язання тягне припинення забезпечувального (ч.1 ст.593 ЦК).

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, у яких права та обов'язки сторін виникають або припиняються залежно від настання певної обставини, стосовно котрої 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.

Згідно з ч. 2 ст. 589 ЦК застава забезпечує вимогу 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.

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

¹ Відомості Верховної Ради України. – 1995. – № 47-52. – Ст. 349.

² ВВР України. – 1992. – № 47. – Ст. 642.

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, за подіяної життю та здоров'ю громадянина).

Закон передбачає можливість застави так званого «майбутнього майна» – речей та майнових прав, які заставодавець набуде 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 заставлено-го майна.

Іноземна валюта може бути заставлена з урахуванням чинного законодавства про валютне регулювання і валютний контроль. Згідно з п. «г» ст. 5 Декрету КМУ «Про систему валютного регулювання і валютного контролю» від 19 лютого 1993 р.¹ 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.

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 у 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 *заставодавець* – 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. 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 заставодавцями майна. Наприклад, у договорі застави земельної ділянки заставодержателем має бути лише банк, що відповідає вимогам, які встановлені законом, а заставодавцями – фізичні та юридичні особи, котрим земельні ділянки належать на праві власності (ст. 133 Земельного кодексу). Також не можуть бути за-

¹ ВВР України. – 1993. – № 17. – Ст. 184.

ставодавцями благодійні організації (ст. 19 Закону України «Про благодійництво та благодійні організації» від 16 вересня 1997 р.¹).

Згідно з ч. 2 ст. 583 ЦК надати майно у заставу може: 1) власник речі або особа, якій належить майнове право; 2) особа, якій власник речі або особа, котрій належить майнове право, передали річ чи майнове право і право заставити майно (зокрема, до категорії невласників, які можуть заставити майно, належать державні та комунальні підприємства, що володіють, користуються і розпоряджаються майном на праві повного господарського відання²).

Заставодавцем 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. Однак така термінологічна схожість не свідчить про однакову природу цих правових явищ. Забезпечувальна дія поруки полягає у 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 заставодавцем у заставному зобов'язанні виступатиме не боржник за основним зобов'язанням, а третя особа. І остання 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 у разі невиконання його боржником, з метою запобігання зверненню стягнення на предмет застави (суброгація). Специфіка відносин полягає у тому, що третя особа може виконати зобов'язання всупереч бажанням як кредитора, так і боржника. Але це право у майнового поручителя виникає **лише за умови**, що склалися підстави для звернення стягнення на предмет застави.

¹ ВВР України. – 1997. – № 46. – Ст. 292.

² Державні комерційні підприємства та комунальні комерційні підприємства, які володіють, користуються та розпоряджаються майном на праві повного господарського відання, можуть віддавати у 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). В 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 у Порядку, затвердженому наказом ФДМУ від 6 лютого 2001р.

Термінологічна схожість понять «поручитель» та «майновий поручитель» викликала на практиці наступну проблему¹. З'явилося і почало поширюватися досить неадекватне тлумачення, у відповідності з яким до правовідносин за участю майнового поручителя слід застосовувати не тільки норми Закону «Про заставу», а й ті, що регулюють договір поруки. Відсутність поряд з договором застави договору поруки між кредитором за основним зобов'язанням і майновим поручителем використовувалась як аргумент на користь визнання такого договору застави недійсним. Крім того, зазначений вище підхід дозволяв заявити, що кредитор-заставодержатель, який не пред'явив вимог до майнового поручителя протягом строку, встановленого нормами про поруку, втрачає право на отримання задоволення з вартості заставленого майна. Підставою для таких помилкових тверджень був п. 2 Методичних рекомендацій щодо застосування банками Закону «Про заставу» (лист НБУ № 23015/11 від 8 жовтня 1993 р.), у якому пояснювалося наступне: майновий поручитель – це особа, яка у відповідності з договором поруки зобов'язується перед кредитором іншої особи (банком) відповідати за виконання останнім (боржником) свого зобов'язання у повному обсязі або у його частині за рахунок заставленого майна. Таке неадекватне роз'яснення негативним чином вплинуло на правозастосовчу діяльність і згодом викликало відповідну реакцію тоді Вищого арбітражного суду. В оглядовому листі ВАСУ від 30 травня 2001 р. № 01-8/637 «Про практику вирішення окремих спорів, пов'язаних із забезпеченням виконання зобов'язань» пояснювалося наступне: «Порука та застава є різними самостійними способами забезпечення виконання зобов'язань, тому встановлений фт. 194 ЦК (попереднього) України строк для заявлення позову до поручителя не може застосовуватися до правовідносин між заставодавцем (майновим поручителем) та заставодержателем за договором застави».

Форма договору застави. Договір застави, як і будь-який інший забезпечувальний правочин, укладається у письмовій формі під острахом нікчемності (ст. 547 ЦК). Якщо предметом застави є нерухоме майно, космічні об'єкти, договір застави підлягає нотаріальному посвідченню.

Таке посвідчення здійснюється за місцем знаходження нерухомого майна, договору застави космічних об'єктів – за місцем їх реєстрації. У інших випадках договір застави може бути нотаріально посвідчений, якщо на цьому наполягає будь-яка із 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 застава нерухомого майна підлягає державній ре-

¹ Слюсаревский Н. Имущественный поручитель: поручитель или залогодатель? // Юридическая практика. – 2002. – № 13. – С. 10.

естрації у випадках та у порядку, встановлених законом. Викладене правило передбачалося і у Законі «Про заставу» (зі змінами від 21 жовтня 1997 р.), однак, дотепер в Україні такого закону не прийнято.

Застава рухомого майна *може бути* зареєстрована у відповідності із Законом України «Про забезпечення вимог кредиторів та реєстрацію обтяжень» від 18 листопада 2003 р.¹ 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, з іншого боку, вводить правило, яке стимулює заставодержателя до таких дій. Згідно з 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 з реєстрацією застави виникнення права застави. Останнє 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, оскільки 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 суть, розмір і строк виконання зобов'язання, забезпеченого заставою, подається опис предмета застави, а також зазначаються інші умови, погоджені сторонами договору. Опис предмета застави у такому договорі 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 липня 2001 р.² 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 не встановлений договором або законом.

¹ ВВР України. – 2004. – № 11. – Ст. 140.

² ВВР України. – 2001. – № 47. – Ст. 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*.

Якщо предмет застави залишається у володінні заставодавця, він, за загальним правилом, 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 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. Більше 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 щодо заставодержателя.

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 у 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 2 вересня 1993 р.¹).

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 складають наступні випадки: 1) заставодержатель надав згоду на відчуження майна боржником без збереження обтяження; 2) відчуження належного боржнику на праві власності майна здійснюється у 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

¹ ВВР України. – 1993. – № 39. – Ст. 383.

виребуване від добросовісного набувача, якщо воно було продане у порядку, встановленому для виконання судових рішень).

У відповідності з принципом 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 відбувається у межах відносин між заставодавцем та набувачем речі. Зокрема, згідно із 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. Причому правочин, яким обмежується дане право, є нікчемним. У разі смерті заставодавця його кредитор може пред'явити свої вимоги до спадкоємців, які прийняли спадщину, в 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 перезаства. Перезаства 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 ним, 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 й тих, 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 даної вимоги, він повинен відшкодувати збитки, які виникли у будь-якого з його заставодержателів.

Заставодержатель, у володіння якого переданий предмет застави, має право перезакладу, якщо це прямо передбачене договором застави. Такий висновок можна зробити, аналізуючи ч. 2 ст. 583 ЦК. Строк перезакладу у цьому випадку не повинен перевищувати строку першого закладу.

Види застави. ЦК серед видів застав визначає лише іпотеку та заклад, додаючи при цьому, що інші окремі види застав встановлюються законом. Закон «Про заставу» спеціальної статті про види застав не містить, однак окремим чином регулює: 1) *заклад*; 2) *заставу товарів у обороті та переробці*; 3) *заставу майнових прав*; 4) *заставу цінних паперів*. Зазначені вище види за об'єктом можуть бути об'єднані під одним терміном «*застава рухомого майна*».

Заклад. У відповідності з 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 також 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 «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 загибелі, пошкодження чи зменшення вартості предмета закладу не з вини заставодержателя, він має право вимагати заміни предмета закладу, а у разі відмови заставодавця виконати цю вимогу – достроково звернути стягнення на предмет застави.

Те, що предмет застави при закладі знаходиться у володінні заставодержателя, не означає автоматично можливості користуватися цим предметом. Проте така можливість може бути надана заставодержателю договором закладу. Більше 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 заставодержа-

телем доходи спрямовуються на покриття витрат на утримання предмета закладу, а також зараховуються в рахунок погашення процентів за боргом, забезпеченим заставою, або самого боргу (ст. 46 Закону «Про заставу»).

Відповідальність заставодержателя у 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 вищий рівень відповідальності. Такі організації можуть бути звільнені від відповідальності лише за умови, коли доведуть, що втрата, псування, пошкодження майна сталися внаслідок непереборної сили.

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

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

Суттєва відмінність застави товарів у обороті та переробці від інших видів застави полягає у тому, що заставодавець може безперешкодно реалізовувати заставлені товари. Продані товари перестануть 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. Отже, принцип «право слідує за річчю незалежно від переходу права власності на неї» до цього виду застави не застосовується.

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.

Застава цінних паперів. Застава векселя або іншого цінного папера, що передається шляхом вчинення передаточного надпису (індосаменту), здійснюється шляхом індосаменту і вручення заставодержателю індосованого цінного папера. Застава цінного папера, який не передається шляхом індосаменту, здійснюється за договором між заставодержателем та особою, на ім'я якої виданий цінний папір. За згодою сторін заставлені цінні папери можуть бути передані на зберігання у депозит нотаріуса або банку. Купонні листки на виплату процентів, дивідендів та інші доходи від права, визначеного у цінно-

му папері, будуть предметом застави тільки у випадках, якщо вони передані кредитору заставного зобов'язання, у разі, коли інше не передбачено договором.

Звернення стягнення на заставлене рухоме майно. За загальним правилом заставодержатель набуває право звернення стягнення на предмет застави у разі, коли забезпечене зобов'язання не буде виконано у встановлений строк. Однак законом та договором можуть бути передбачені підстави для дострокового звернення стягнення на предмет застави. Зокрема, у разі ліквідації юридичної особи-заставадвця 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, у тому числі й 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 червня 1999 р. № 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 предметам забезпечення є грошова вимога; 4) переказ заставодержателю відповідної грошової суми, у тому числі у порядку договірної списання, у разі, якщо предметом забезпечення є гроші або цінні папери.

Якщо звернення стягнення на заставлене майно здійснюється 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, що підлягають задоволенню з вартості предмета забезпечення.

За загальним правилом, реалізація предмета застави 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.

Заставодержатель, який має намір звернути стягнення на предмет застави у позасудовому порядку, зобов'язаний: 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, у 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 обирати 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 заперечення проти використання такого способу звернення стягнення. За вказаних 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 встановлено зареєстроване обтяження, заставодержатель, котрий ініціює звернення стягнення, може набути право власності на предмет застави у 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 з виконанням даного зобов'язання. При цьому усі обтяження рухомого майна, що бу-

ло 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 котрих 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 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, котрі 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 у 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 та їх сума перевищує розмір забезпеченої заставою вимоги, заставодержатель зобов'язаний повернути надлишок боржнику.

Якщо предметом застави є боргові цінні папери, що знаходяться 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 відповід-

ного цінного папера до оплати. Якщо сума, отримана від оплати боргового цінного папера перевищує розмір забезпеченої заставою вимоги, заставадержатель повинен повернути надлишок боржнику.

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

Застава нерухомого майна (іпотека). 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, представляє значну вигоду також для боржника, дозволяючи йому використовувати заставлене майно та отримувати з цього прибуток. Тому в 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 червня 2003 р.¹

Взагалі іпотечним відносинам присвячено Закон України «Про іпотеку» від 5 червня 2003 р.² (далі – Закон). 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 у 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 у майбутньому на підставі договору, що набрав чинності (ст. 3); 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

¹ ВВР України. – 2004. – № 1. – Ст. 1.

² ВВР України. – 2003. – № 38. – Статті 312–313.

іпотекодержателя, які задовольняються за рахунок заставленого майна; можливості володіти і користуватися предметом іпотеки тощо.

Відповідно до вимог ст. 4 Закону обтяження нерухомого майна іпотекою підлягає державній реєстрації у порядку, встановленому законом. Недотримання цієї умови не робить іпотечний договір недійсним, але вимога іпотекодержателя не набуває пріоритету стосовно зареєстрованих прав чи вимог інших осіб на передане у 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 нерухомого майна, яке передається в іпотеку (саме такі випадки найтипівіші для укладення іпотечного договору), договір купівлі-продажу цього нерухомого майна та іпотечний договір можуть укладатися одночасно.

Закон вводить поняття заставної, 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 у грошовій формі, у 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 котрого 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 у 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 заставну іпотекодавець та іпотекодержатель.

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

Заставна підлягає передачі боржнику в 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 у нього, анулюється. Знаходження заставної в іншої особи 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. В 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 заставної обов'язок письмово повідомити боржника про передачу заставної у заставу. У разі порушення зобов'язання, забезпеченого заставою заставної, до заставодержателя переходять усі права за заставною.

За допомогою заставних може забезпечуватися випуск іпотечних цінних паперів – іпотечних облігацій й іпотечних сертифікатів. При цьому емітентом іпотечних паперів можуть бути банки та інші фінансові установи, які мають право на таку діяльність відповідно до закону.

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 особливості. Так, передача в іпотеку майна, що є об'єктом права державної чи комунальної власності, здійснюється після отримання згоди органу державної влади або 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 ведеться будівництво, або шляхом передачі в іпотеку нерухомого майна, право власності іпотекодавця на котре виникне у майбутньому. Після завершення будівництва така будівля (споруда), житловий будинок або квартира залишається предметом іпотеки відповідно до іпотечного договору. Після звернення стягнення до нового власника заведеної будівлі (споруди) або об'єкта незавершеного будівництва переходять визначені договором права і обов'язки забудовника щодо третіх осіб – покупців.

Іпотека жилих приміщень завжди привертала до себе особливу увагу в зв'язку з можливістю звернення стягнення на такі об'єкти. Мова йде про жилі приміщення, які були придбані громадянами за рахунок кредиту (позики) банку чи іншої особи, повернення котрого забезпечене іпотекою відповідного приміщення. Відповідно до вимог ст. 132² 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 приміщення добровільно звільнити його протягом одного місяця з дня отримання даної 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 жили приміщення, що були придбані ними за рахунок кредиту (позики) банку чи іншої особи, повернення якого забезпечене іпотекою відповідного 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 у їх наданні не тягне припинення виселення громадян з жилого приміщення, яке є предметом іпотеки.

§ 7. Притримання

Притримання є новим для України загальноцивільним способом забезпечення виконання зобов'язання. Законом «Про забезпечення вимог кредиторів та реєстрацію обтяжень» право притримання поряд із заставою рухомого майна визначається як забезпечувальне обтяження (ст. 21).

Сутність зазначеного інституту полягає у тому, що кредитору, який правомірно володіє річчю, що підлягає передачі боржникові або особі, ним вказаній, надане право притримати її у себе до виконання боржником зобов'язання (ст. 594 ЦК), за умови невиконання боржником у строк зобов'язання щодо оплати цієї речі чи відшкодування кредитором пов'язаних з нею витрат та інших збитків.

Історично існує дві концепції права притримання. Згідно з першою вимоги кредитора забезпечуються власне притриманням майна боржника при відсутності можливості отримати задоволення за рахунок його продажу. Друга концепція, навпаки, передбачає задоволення вимог кредитора шляхом звернення стягнення на притримувану річ. Український законодавець пішов шляхом закріплення другої концепції. І це, безумовно, слушно, бо у такому разі кредитор набуває більш дієве забезпечення своїх вимог. Звернення стягнення на притримувану річ здійснюється у відповідності з ЦК (статті 596, 591) і Законом «Про забезпечення вимог кредиторів та реєстрацію обтяжень».

Законодавство не вимагає обов'язкової реєстрації права притримання. Однак, оскільки майно, яке притримав кредитор, може бути обтяжене правами інших осіб, закріплюється правило, згідно з яким 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 «Про забезпечення вимог кредиторів та реєстрацію обтяжень»).

Як вже зазначалося, додаткові забезпечувальні заходи застосовуються лише тоді, коли можливість їх застосування прямо передбачена законом або договором. Специфіка притримання як способу забезпечення виконання зобов'язань полягає у тому, що для реалізації цього права наявність домовленості між кредитором та боржником про

право притримання не вимагається. Це право надається кредитору, який володіє річчю, безпосередньо законом.

Притриманням забезпечуються: 1) зобов'язання щодо оплати речі, яка знаходиться у кредитора; 2) зобов'язання щодо відшкодування кредитором витрат, пов'язаних з річчю, та інших збитків; 3) інші вимоги кредитора. За змістом ч. 1 і ч. 2 ст. 594 ЦК у перших двох випадках сторони не можуть своєю домовленістю виключити застосування права притримання; і, навпаки, інші вимоги можуть забезпечуватися притриманням у разі, коли така можливість не виключена законом чи договором.

Кредитор має право притримати річ у себе і в разі, якщо права на неї, які виникли після передачі речі у володіння кредитора, набула третя особа.

Цивільне законодавство містить декілька спеціальних статей, які передбачають можливість застосування права притримання у певних договірних зобов'язаннях. Зокрема, у відповідності із ст. 856 ЦК, якщо замовник не сплатив встановленої ціни роботи або іншої суми, належної підрядникові у зв'язку з виконанням договору підряду, підрядник має право притримати результат роботи, а також устаткування, залишок невикористаного матеріалу та інше майно замовника, що є у підрядника. За договором комісії комісіонер має право для забезпечення своїх вимог притримати річ, яка має бути передана комітентові (ст. 1019 ЦК). За договором морського перевезення вантажу перевізник може притримати вантаж, доки вантажоодержувач не відшкодує витрати, які зазнав перевізник у зв'язку з перевезенням вантажу, плату за простою судна у порту вивантаження, а також не сплатить фрахт і плату за простою у порту завантаження, якщо це передбачено у коносаменті або у іншому документі, на підставі якого перевозився вантаж (ст. 163 КТМ).

Однак наявність у цивільному законодавстві спеціальних норм, які надають кредиторомі право притримання в окремих видах зобов'язань, не означає, що кредитори за іншими їх видами таким правом не користуються. Виходячи із суті закону, вказане право має будь-який кредитор, що правомірно володіє річчю, за будь-яким зобов'язанням, крім випадків, коли у відповідності з ч. 2 ст. 594 ЦК законом чи договором виключене застосування такого права.

Предметом права притримання можуть бути лише індивідуально визначені чи індивідуалізовані речі. На родові речі, що передаються без їх індивідуалізації, як на речі замінні та подільні, право притримання не поширюється, бо кредитор у цьому випадку зобов'язується до передачі не тих самих речей, а речей того ж роду та якості.

Кредитор, який притримує річ у себе, зобов'язаний негайно повідомити про це боржника. Кредитор не має права користуватися річчю, яку він притримує у себе. У разі втрати, псування або пошкодження притримуваної речі кредитор несе відповідальність за принципом вини. До кредитора, який притримує у себе річ боржника, не пе-

реходить право власності на неї. Боржник, рiч якого притримує кредитор, має право розпорядитися нею, повідомивши набувача про притримання речі і права кредитора.

У ЦК не знайшли відображення підстави припинення права притримання, але із суті цього інституту випливає, що притримання припиняється: а) задоволенням вимог, які забезпечуються притриманням; б) невикористанням кредитором свого права на притримання речі; в) загибеллю речі, що притримується; г) втратою кредитором володіння річчю; д) зверненням стягнення на річ; е) наданням іншого майнового забезпечення.

Глава 33. ПРИПИНЕННЯ ЗОБОВ'ЯЗАННЯ

§ 1. Поняття та види підстав припинення зобов'язання

Кожне зобов'язання діє у часі. Правовий зв'язок, що існує між кредитором і боржником, не може бути довічним, а тому будь-яке зобов'язання має припинитися.

Припинення зобов'язання – погашення прав та обов'язків сторін, що складають його зміст. Це означає, що кредитор і боржник більше не пов'язані правами та обов'язками. При цьому перестає існувати і саме зобов'язання. Такий наслідок зумовлений дією правоприпиняючих юридичних фактів. Саме вони становлять підстави для часткового або повного припинення зобов'язань. За загальним правилом, при припиненні зобов'язання правові відносини між його учасниками припиняються у повному обсязі, а інколи останні хоча і зберігаються, але у зміненому вигляді (наприклад, при припиненні зобов'язання шляхом його новації).

ЦК безпосередньо у статтях 599–609 передбачає найпоширеніші підстави припинення зобов'язань: його належне виконання, передання боржником кредиторіві відступного, зарахування, домовленість сторін, прощення кредитором боргу, поєднання в одній особі боржника і кредитора, неможливість виконання зобов'язання, смерть фізичної особи, ліквідація юридичної особи. Але цей перелік не є вичерпним, оскільки згідно зі ст. 598 ЦК підстави припинення зобов'язань можуть передбачатися також договорами, що укладаються сторонами, та іншими поточними законами. Так, згідно зі ст. 1008 ЦК договір доручення припиняється у разі визнання довірителя або повіреного недієздатним, обмеження його цивільної дієздатності або визнання безвісно відсутнім. Крім того, відповідно до ч. 2 ст. 598 ЦК припинення зобов'язання, якщо це передбачено договором чи законом, може мати місце на вимогу однієї із сторін. Йдеться про випадки односторонньої відмови від зобов'язання та одностороннього розірвання договору. Так, наймодавець має право відмовитися від договору найму і вимагати повернення речі, якщо наймач не вносить пла-

ту за користування нею протягом трьох місяців підряд. При цьому договір є розірваним з моменту одержання наймачем повідомлення наймодавця про відмову від договору (ст. 782 ЦК).

Підстави припинення зобов'язань можуть бути поділені на дві групи, а саме: ті, які за своєю юридичною природою є **правочинами** (належне виконання, передання відступного, зарахування, домовленість сторін, прощення боргу); та на **інші**, котрі за своєю юридичною природою не є правочинами (поєднання в одній особі боржника і кредитора, неможливість виконання зобов'язання, смерть фізичної особи, ліквідація юридичної особи).

§ 2. Характеристика підстав припинення зобов'язань, що за юридичною природою є правочинами

Правочини, як підстави припинення зобов'язання, можуть бути односторонніми та двосторонніми.

Найбільш поширеною та бажаною підставою припинення зобов'язання є його **належне виконання** (ст. 599 ЦК), тобто виконання, здійснене належними сторонами, відповідно до предмета виконання, у передбачений строк (термін), у визначеному місці та у належний спосіб. Таке виконання за юридичною природою є **одностороннім правочином**¹.

Зарахування зустрічних вимог як підстава припинення зобов'язання може здійснюватися за наявності **сукупності наступних умов**, закріплених у ст 601 ЦК. **По-перше**, зарахуванню підлягають лише зустрічні вимоги, тобто ті, що випливають з двох різних зобов'язань, сторонами у котрих є одні й ті особи, кожна з яких в одному зобов'язанні виступає кредитором, а у другому – боржником. **По-друге**, зустрічні вимоги мають бути однорідними, тобто такими, предмет виконання яких є однаковим (наприклад, сплата певної суми грошей). **По-третє**, строк виконання зустрічних однорідних вимог повинен настати або є таким, що не був встановлений чи був визначений моментом пред'явлення вимоги. За наявності сукупності цих умов для зарахування достатньо **заяви однієї із сторін**, тобто згоди іншої сторони для цього не потрібно (хоча вона може й бути). Така заява може бути зроблена однією стороною іншій безпосередньо, а може бути оформленою у вигляді зустрічної позовної заяви. Отже, **зарахування є одностороннім правочином**. Інколи здійснення зарахування є обов'язковим, оскільки, наприклад, згідно зі ст. 619 ЦК кредитор не може вимагати задоволення своєї вимоги від особи, яка несе субсидіарну відповідальність, якщо ця вимога може бути задоволена шляхом зарахування зустрічної вимоги до основного боржника. **Зарахування** може бути як **повним, так і частковим**. Повне зарахування має місце у тому випадку, коли зустрічні вимоги є рівними за обсягом. Як виняток із загального правила, ЦК у ст. 602 передбачає перелік вимог, за-

¹ Дет. про належне виконання див. главу 31 цього підручника.

ракування щодо яких взагалі **не допускається**, навіть, якщо вони відповідають сукупності розглянутих умов. Йдеться, по-перше, про такі вимоги, що мають **особистий характер** (про відшкодування шкоди, завданої каліцтвом, іншим ушкодженням здоров'я або смертю, про стягнення аліментів та про вимоги щодо довічного утримання (догляду)). По-друге, не допускається заракування вимоги у **разі спливу** щодо неї **позовної давності**, але при поновленні судом вказаної давності право на заракування такої вимоги виникає. По-третє, не допускається заракування вимог, стосовно яких є **застереження про це у договорі або у законі**. Так, згідно зі ст. 144 ЦК не допускається внесення учасником товариства з обмеженою відповідальністю свого вкладу до статутного капіталу останнього шляхом заракування його вимог до такого товариства. **Спеціальні вимоги** закріплені у ст. 603 ЦК стосовно умов здійснення заракування у **разі заміни кредитора**. Ці вимоги слід розглядати як конкретизацію правил, вміщених у ст. 518 ЦК, відповідно до яких перехід прав кредитора до іншої особи не повинен погіршувати становища боржника. Саме тому, в разі заміни кредитора, боржник має право пред'явити проти вимоги нового кредитора свою зустрічну вимогу до первісного кредитора. Умови здійснення заракування при цьому залежать від того: був боржник повідомлений про заміну кредитора чи ні. У першому випадку заракування здійснюється, якщо вимога виникла на підставі, що існувала на момент одержання боржником письмового повідомлення про заміну кредитора, і строк вимоги настав до його одержання або цей строк не був встановлений чи був визначений моментом пред'явлення вимоги. У другому випадку заракування здійснюється, якщо вимога виникла на підставі, що існувала на момент пред'явлення боржникові вимоги новим кредитором або, якщо боржник виконав свій обов'язок до пред'явлення йому вимоги новим кредитором – на момент його виконання.

Згідно зі ст. 604 ЦК зобов'язання припиняється **домовленістю сторін**, незалежно від того, коли сторони досягли згоди про це – до початку виконання зобов'язання чи у процесі його виконання. **Різновидами** домовленості сторін, як підстави припинення зобов'язання, є **новація зобов'язання, передання боржником відступного кредиторові та прощення боргу кредитором**.

Новація має місце при досягненні домовленості про заміну первісного зобов'язання новим зобов'язанням між тими ж сторонами (ч. 2 ст. 604 ЦК). Отже, новація не припиняє правового зв'язку між кредитором і боржником, оскільки між цими особами за їх згодою відбувається **заміна первісного зобов'язання, що припинилося, новим зобов'язанням**. Наприклад, покупець замість сплати грошей за договором купівлі-продажу видає за згодою продавця боргову розписку. При цьому первісне зобов'язання з купівлі-продажу припиняється шляхом його **заміни** на зобов'язання позики.

Саме вказаним новація відрізняється від **зміни зобов'язання** через

зміну умов договору щодо його предмета, місця, строків виконання тощо (ч. 1 ст. 653 ЦК), оскільки при цьому зобов'язання, породжене договором, зберігається, але у зміненому вигляді. Ось чому припинення первісного зобов'язання при новації, за загальним правилом, припиняє дію додаткових (акцесорних) зобов'язань щодо нього (наприклад, тих, що забезпечували його виконання). Для їх збереження стосовно нового (заміненого) зобов'язання у договорі про новацію повинна міститися спеціальна умова про це. При зміні ж зобов'язання через зміну умов договору має діяти протилежне правило.

Слід мати на увазі, що новація не допускається у випадках, передбачених законом. Безпосередньо у ст. 604 ЦК така заборона встановлена щодо зобов'язань про відшкодування шкоди, завданої каліцтвом, іншим ушкодженням здоров'я або смертю, та про сплату аліментів.

Відповідно до ст. 600 ЦК зобов'язання за згодою сторін припиняється внаслідок передання боржником відступного кредиторіві. Формою відступного можуть бути не тільки гроші та інше майно, про які йдеться у зазначеній статті ЦК, а й здійснення боржником на користь кредитора певних робіт чи надання йому певних послуг. Згода на припинення зобов'язання переданням відступного може бути передбачена сторонами заздалегідь, при вчиненні ними правочину, або досягнута між ними у процесі виконання зобов'язання, якщо вони дійдуть спільного висновку про недоречність його виконання. Згода сторін на припинення правового зв'язку між ними у такий спосіб знаходить втілення у договорі, що укладається між ними. В ньому ж вирішуються і питання про форму відступного, розмір, строки й порядок його передання (здійснення).

Згідно зі ст. 605 ЦК зобов'язання припиняється внаслідок безоплатного звільнення кредитором боржника від його обов'язків (**прощення боргу**). Хоча питання про те, чи може мати місце припинення зобов'язання за даною підставою в результаті одностороннього правочину кредитора, або для цього потрібна також згода боржника, – є дискусійним¹. Більшість дослідників² вважають, що прощення боргу може мати місце лише за згодою боржника, хоча формула закону, яка міститься у ст. 605 ЦК, прямо і не вимагає цього. Необхідною умовою для припинення зобов'язання за вказаною підставою є не порушення цим прав третіх осіб щодо майна кредитора. Тому прощення боргу не може мати місця, наприклад, у випадку неплатоспроможності кредитора через можливе порушення цим прав його власних кредиторів.

¹ Про дискусію з цього питання див.: *Шилохвост О. Ю.* О прекращении обязательства прощением долга / Гражданский кодекс России. Проблемы. Теория. Практика: Сб. памяти С. А. Хохлова; Отв. ред. Л. А. Маковский. – М., 1998. – С. 353–372.

² Див., напр.: *Цивільне право України: Підруч. / За ред. О. В. Дзери та Н. С. Кузнецової.* – К.: Юрінком Інтер, 2002. – С. 708–709; *Цивільний кодекс України. Коментар / За заг. ред. Є. О. Харитонова та О. М. Калітенко.* – Одеса: Юрид. літ., 2003. – С. 528.

§ 3. Характеристика інших підстав припинення зобов'язань

Згідно зі ст. 606 ЦК зобов'язання припиняється **поєднанням боржника і кредитора в одній особі**. Таке може відбуватися при універсальному правонаступництві (у відносинах як між фізичними, так і юридичними особами), коли боржник за зобов'язанням отримує у ньому право вимоги і стає кредитором щодо самого себе. Наприклад, у відносинах між фізичними особами боржник за договором позики після смерті свого кредитора стає його єдиним спадкоємцем. Однак у тих випадках, коли після смерті кредитора його спадкоємцями є й інші, крім боржника, особи, зобов'язання з позики припиняється не у повному обсязі, а лише у тій частині, у якій є збіг кредитора і боржника в одній особі. Часткове припинення зобов'язання має місце і у разі поєднання кредитора з одним із солідарних боржників, оскільки при цьому воно зберігається для решти боржників. Припинення за цією підставою зобов'язання між юридичними особами, що були у ньому (відповідно – боржником і кредитором), може мати місце, наприклад, при їх припиненні з правонаступництвом у формі злиття або приєднання.

Зобов'язання згідно зі ст. 607 ЦК припиняється **неможливістю його виконання** у зв'язку з обставиною, за яку жодна із сторін не відповідає. Йдеться про випадки, коли фізична або юридична неможливість виконання зобов'язання зумовлена наявністю об'єктивних причин, що не залежать від волі сторін і не є наслідком дій останніх, за які вони не несуть відповідальності. Фізична неможливість виконання зобов'язання має, зазвичай, місце у разі загибелі індивідуально визначеної речі, що є предметом зобов'язання, з випадкових причин або через дію непереборної сили. Це пов'язано з тим, що індивідуально визначені речі є незамінними. Оскільки речі, визначені родовими ознаками, у тому числі й гроші, є замінними, не можуть припинятися за цією підставою, наприклад, грошові та інші зобов'язання, предметом яких виступають такі речі. Юридична неможливість виконання зобов'язання має місце тоді, коли вона викликана заборонами та обмеженнями, введеними шляхом прийняття органами публічної влади відповідних правових актів (наприклад, заборони чи обмеження на ввезення чи вивезення певних товарів). При припиненні зустрічного зобов'язання через неможливість його виконання кожний його учасник має право вимагати повернення того, за що він не отримав зустрічного задоволення. Якщо правовий акт, прийнятий органом публічної влади, що зумовив юридичну неможливість виконання зобов'язання, буде визнаний судом незаконним і скасований, сторони зобов'язання мають право вимагати від зазначеного органу відшкодування завданих збитків та моральної шкоди.

Якщо ж неможливість виконання зобов'язання зумовлена обставинами, за які сторона несе відповідальність, дане зобов'язання не при-

пиняється, а лише змінюється, оскільки при цьому обов'язок такої особи з виконання зобов'язання перетворюється на обов'язок з відшкодування завданих збитків, сплати неустойки тощо.

За загальним правилом **смерть кредитора чи боржника** не припиняє зобов'язання у зв'язку з тим, що майнові права та обов'язки померлого суб'єкта входять до складу спадщини і переходять до його спадкоємців, зумовлюючи лише заміну сторін у зобов'язанні, яке продовжує існувати. Але є й такі майнові права та обов'язки, що становлять зміст зобов'язання, які не входять до складу спадщини. Правонаступництво за ними є неможливим, що зумовлює незмінність суб'єктного складу в таких зобов'язаннях. Саме ці зобов'язання припиняються згідно зі ст. 608 ЦК смертю кредитора чи боржника через їх нерозривну пов'язаність із зазначеними особами. Йдеться, наприклад, про зобов'язання літературного замовлення, що припиняється смертю боржника (виконавця) через неможливість виконання його іншою особою. Так само у раз смерті кредитора (потерпілої особи) припиняється зобов'язання з відшкодування боржником шкоди, завданої ушкодженням здоров'я. Зобов'язання доручення згідно зі ст. 1008 ЦК припиняється не тільки у разі смерті боржника (повіреного) чи кредитора (довірителя), а й у випадках визнання будь-кого з них недієздатним, обмеження їх цивільної дієздатності або визнання безвісно відсутніми.

Припинення юридичної особи у формі злиття, приєднання, поділу та перетворення не є підставою для припинення зобов'язань, оскільки при цьому має місце правонаступництво. Навпаки, **ліквідація юридичної особи** (як кредитора, так і боржника) відповідно до ст. 609 ЦК, за загальним правилом, припиняє їх зобов'язання саме тому, що при ліквідації юридична особа припиняється без правонаступництва. Винятки з цього правила можуть мати місце у випадках, коли законом або іншими нормативно-правовими актами зобов'язання ліквідованої юридичної особи покладається на іншу юридичну особу, зокрема за зобов'язаннями про відшкодування шкоди, завданої каліцтвом, іншим ушкодженням здоров'я або смертю. Згідно зі ст. 1205 ЦК у разі припинення юридичної особи здійснюється капіталізація платежів, що стягуються з неї у зв'язку із заподіянням каліцтва чи іншого ушкодження здоров'я або із смертю фізичної особи. Капіталізовані платежі акумулюються Фондом соціального страхування від нещасних випадків відповідно до ст. 46 Закону України «Про загальнообов'язкове державне соціальне страхування від нещасного випадку на виробництві та професійного захворювання, які спричинили втрату працездатності» від 23 вересня 1999 р.¹

¹ Відомості Верховної Ради України. – 1999. – № 46–47. – Ст. 403.

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 у іншої особи¹. 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 борж-

¹ Доклад. про це див.: Сібільов М. Договірне зобов'язання та його виконання // Вісник Академії правових наук України. – 2003. – № 2 (33) – 3 (34). – С. 423–424.

ника до виконання робіт чи надання послуг за відсутності його бажання є нездійсненим. 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 унеможливорює 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 вчинені 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 вище 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 у 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 у 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 вимо-

гою. Внаслідок прострочення первісні обов'язки боржника розширюються, а основний зміст первісного зобов'язання залишається чинним.

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 наступні 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 обов'язків. 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 у юридичному закріпленні особливих мір відповідальності та спеціальних правил їх застосування¹.

Факт прострочення впливає на зміст основного договірного зобов'язання, доповнюючи його додатковими правовими наслідками, зокрема, мірами цивільно-правової відповідальності – відшкодування збитків, заподіяних простроченням, стягнення (передача) неустойки, а за грошовими зобов'язаннями – сплата 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 обов'язків, 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 обов'язку; відмова кредитора поверну-*

¹ Більш дет. це питання розглянуто у § 5 даної глави.

ти борговий документ, видати розписку, здійснити відповідний напис на борговому документі; відсутність кредитора або уповноваженої ним особи у місці виконання зобов'язання; відсутність законного представника недієздатного 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 носять комплексний характер, оскільки окреслюють поняття, легальні ознаки, порядок застосування тих правових категорій, які використовуються значною кількістю 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 ст. 611 ЦК зазначені ***наступні 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'єд-

нує 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 із 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 надає 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 ви-

пливає, 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 із 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 із 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 (річ, послуга, результат роботи тощо) кредитором 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 річ, визначену індивідуальними ознаками. Передбачене ст. 620 ЦК право кредитора витребувати у боржника річ, 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 виндикаційним 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 спонування до реального виконання зобов'язання можливе, якщо його предметом є індивідуально визначена річ. 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 річ, 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 вико-

нанням збитків кредитора за рахунок боржника. При цьому боржник зобов'язаний відшкодувати кредиторіві 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 вказувалося у главі 14 I-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 наступне. 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 невжиття 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, невжиттям 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 збит-

ків. 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 й 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 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 застосовування при вирішенні цього питання інших нормативних актів, перш за все, підзаконного характеру.

Залишилося законодавчо 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 кредиторowi завдані цим збитки. Поняття та склад збитків розкриваються у ст. 22 ЦК й детально аналізувалися у главі 14 I-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 неoderжаних 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 договірнього, і недоговірнього 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 заподіяння 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 з відшкодування 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). У вітчизняному законодавстві традиційним є погляд про те, що шкода має позадоговірний характер завжди, коли порушуються права, які носять абсолютний характер: чи то майнові права (право власності, інші речові права), або особисті немайнові блага (життя, здоров'я, честь, гідність, ділова репутація тощо)¹. І це не залежить від наявності чи відсутності між сторонами договірних відносин, оскільки вказані права та блага за своєю природою не можуть бути предметом договірнього 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 з відшкодування шкоди. І саме тому в статтях 928 та

¹ Див., зокрема: Цивільне право: Навч. посіб. для студентів юрид. вузів та фак. / За ред. проф. О. А. Підпригори і Д. В. Бобрової. – К.: Вентурі, 1996. – С. 303.

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 позадоговірні зобов'язання. Подібне вирішення проблеми зафіксоване і у § 3 глави 82 ЦК про відшкодування шкоди, за подіяної внаслідок недоліків товарів, робіт (послуг).

Відповідно, моральна шкода може розглядатися лише як позадоговірна, щодо якої необхідно застосовувати виключно імперативні приписи закону; причому незалежно від того, існують чи ні договірні відносини між сторонами. Подібне вирішення проблеми об'єктивно впливає із суті такої шкоди, заборона на заподіяння 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 заздальгід 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 завподіяння моральної шкоди стає самостійною підставою виникнення нового зобов'язання.

Особливості **субсидіарної відповідальності** у аспекті правових наслідків порушення зобов'язання полягають у тому, що правове становище боржників (а на стороні останнього має місце множинність¹) є неоднаковим, внаслідок існування основного та додаткового (субсидіарного) боржника. У момент виникнення, існування та належного виконання такого зобов'язання субсидіарний обов'язок додаткового боржника знаходиться 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

¹ Види зобов'язань з множинністю осіб детально розглядаються у главі 31 цього розділу.

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 поручки (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 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 у 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 зворотну 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 у 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 підяду (ст. 837 ЦК), надання послуг (ст. 901 ЦК), пе-

ревення (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 наступні:

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 про відповідальність за 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 передбачений спеціальний вид відповідальності за 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 санкцією за його порушення. 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 цивільно-правову відповідальність. Проценти, встановлені ст. 625 ЦК, підлягають стягненню при наявності протиправного невиконання (неналежного виконання) грошового зобов'язання.

Проценти є *самостійною* формою цивільно-правової відповідальності у вигляді плати за користування чужими грошовими коштами. За своєю правовою природою вони не є неустойкою, що підтверджується практикою Верховного Суду України¹. Проценти, як правило, нараховуються на суму боргу за основним зобов'язанням. Нара-

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

хування процентів на проценти за користування чужими грошовими коштами може передбачатися договором або законом.

Ставка у 3 % є чи не найнижчою у порівнянні з встановленими у актах цивільного законодавства інших держав. Так, у Німеччині та Франції ставка процентів складає 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 господарства¹. Боржник не звільняється від відповідальності за неможливість виконання грошового зобов'язання (ч. 1 ст. 625 ЦК) тому, що остання має суб'єктивний характер.

¹ Лунц Л. А. Деньги и денежные обязательства в гражданском праве. – М.: Статут, 1999. – С. 106.

Розділ VIII. Загальні положення про договір

Глава 35. ЦИВІЛЬНО-ПРАВОВИЙ ДОГОВІР

§ 1. Поняття, функції і значення цивільно-правового договору

У цивілістичній науці пануючим є положення про багатозначність терміна «договір». Він охоплює такі правові явища: як юридичний факт (дво- чи багатосторонній правочин), що є підставою виникнення цивільних прав і обов'язків; саме договірне зобов'язання (правовідношення), породжуване укладеним договором; а також документ, у якому закріплюється (фіксується) факт встановлення між сторонами зобов'язального правовідношення. У даній главі договір розглядається як юридичний факт, що є підставою виникнення цивільних прав і обов'язків (п. 1 ч. 2 ст. 11 ЦК). З цієї точки зору договір є домовленістю двох або більше сторін, спрямованою на встановлення, зміну або припинення цивільних прав і обов'язків (ч. 1 ст. 626 ЦК), тобто дво- чи багатостороннім правочином. Як будь-який правочин, договір – це волевий акт, але йому притаманні і певні особливості. На відміну від одностороннього правочину, у якому виражається воля однієї сторони, договір – це взаємне вираження волі двох або декількох осіб і до того ж погоджене між ними так, що волі однієї сторони відповідає воля другої або інших сторін, які беруть участь у договорі¹. Отже, договору як юридичному факту властиві наступні ознаки. По-перше, у ньому виявляється воля не однієї сторони, а двох чи декількох, причому волевиявлення учасників за своїм змістом повинно збігатися і відповідати одне одному. По-друге, договір – це така спільна дія осіб, яка спрямована на досягнення певних цивільно-правових наслідків: набуття, зміну або припинення цивільних прав і обов'язків². Слід підкреслити, що договір є найпоширенішим юридичним фактом сфери саме приватного (цивільного) права. Навіть у часи існування радянського права, що було повністю опубліченим, визнавалася галузева належність відповідного юридичного факту. На пов'язаність характеру правового зв'язку між суб'єктами відповідної галузі права з певними юридичними фактами вказували, зокрема, В. Ф. Яковлев та О. О. Красавчиков. Центральне місце таких юридичних фактів цивільного права як правочини (договори) В. Ф. Яковлев пов'язував з юридичною рівністю його

¹ Вільнянський С. І. Радянське цивільне право. – Харків, 1966. – С. 296.

² Луць В. В. Контракти у підприємницькій діяльності. – К.: Юрінком Інтер, 1999. – С. 15.

суб'єктів, яка знаходить вираз у їх однопорядковій правоздатності. Саме вона, підкреслює В. Ф. Яковлев, обумовлює рівну можливість на вияв цими суб'єктами волевиявлення, спрямованого на встановлення правовідносин та визначення їх прав і обов'язків¹. Не випадково О. О. Красавчиков (і у цьому з ним солідаризується В. Ф. Яковлев) особливим чином підкреслював таку ознаку в формуванні цивільних правовідносин, як ініціативність їх суб'єктів. Саме вона є виразником такої особливості юридико-фактичної підстави виникнення цивільних правовідносин, яка полягає у тому, що «перший крок» у розвитку (становленні) вказаних відносин належить самим суб'єктам права². Отже, оскільки юридична рівність та ініціативність є притаманними лише суб'єктам цивільного (приватного) права, договір слід розглядати як юридичний факт саме цієї сфери права. Не можна погодитися з тими, хто, відшукуючи аргументи для обґрунтування існування так званих адміністративних договорів, стверджує, що останні є різновидом правочинів, посідають проміжне місце між адміністративним актом і договором приватно-правового характеру, основою яких виступають норми зобов'язального права і регулюються нормами цивільного зобов'язального права з винятками, доповненнями та обмеженнями з боку адміністративного права³.

Функції договору були ретельно розглянуті О. О. Красавчиковим⁴, котрий запропонував не тільки їх визначення, як виду впливу юридичного факту на суспільні відносини, а й сформулював систему загальних функцій договору (ініціативна, програмно-координаційна, інформаційна, забезпечувальна та захисна), розкривши сутність кожної з них.

Так, сутність **ініціативної функції** полягає у тому, що договір, який хоча і є результатом узгодження волі сторін на встановлення певного роду прав і обов'язків, у той же час є також ініціативним актом, у котрому сторони реалізують не тільки їх рівність, правосуб'єктність, а й диспозитивність. **Програмно-координаційна функція** знаходить втілення у тому, що за допомогою договору встановлюється певна програма поведінки сторін, яка пов'язує їх за взаємною згодою на конвенціональних засадах. Через **інформаційну функцію** досягається формальна визначеність змісту договору, що зближує його з нормами права. **Сутність двох останніх функцій** полягає, відповідно, у закла-

¹ Яковлев В. Ф. К проблеме гражданско-правового метода регулирования общественных отношений / Антология уральской цивилистики. 1925–1989. – М.: Статут, 2001. – С. 371.

² Див.: Советское гражданское право. Том 1. – М.: Высшая школа, 1985. – С. 21.

³ Бахрах Д. Н. Административное право России. – М.: Норма-Инфра, 2000. – С. 339; Адміністративне право України / За ред. проф. Ю. П. Битяка. – Харків: Право, 2000. – С. 146.

⁴ Красавчиков О. А. Гражданско-правовой договор: понятие, содержание, функции / Антология уральской цивилистики. 1925–1989.: Сб. статей. – М.: Статут, 2001. – С. 175–182.

денні сторонами через договір конкретних забезпечувальних та стимулюючих засобів впливу, а також у можливості застосування засобів, що забезпечують примусове виконання договору і застосування мір захисту та мір відповідальності.

В умовах ринкової економіки значно підвищується роль договору, як головного правового засобу регулювання зв'язків між товаровиробниками, що виступають в майновому обороті як власники. Шляхом укладення та виконання договорів товаровиробники самостійно на власний розсуд здійснюють виробництво продукції (товарів, робіт, послуг) та її відчуження (реалізацію).

За допомогою договору задовольняють свої потреби у товарах та послугах і споживачі (фізичні та юридичні особи), що, у свою чергу, забезпечує розвиток виробничої сфери.

Договір в умовах ринкової економіки та наявності конкурентного середовища спроможний забезпечувати необхідний баланс між попитом та пропозицією, стимулювати виробництво нової конкурентноздатної продукції й товарів і у такий спосіб впливати на динаміку ринкових відносин.

Безпосереднє формування умов договору його сторонами забезпечує не тільки можливість урахування їх взаємних приватних інтересів, а й стимулює сторони до належного виконання укладених договорів. Ось чому, як слушно зазначає М. Д. Єгоров, саме договір, заснований на взаємній заінтересованості сторін, здатний забезпечити таку організованість, порядок та стабільність у економічному обороті, яких неможливо досягти за допомогою найжорсткіших адміністративно-правових засобів¹.

Визнання новим ЦК України договору як регулятора суспільних відносин має принциповий характер. По-перше, це змінює його роль в механізмі правового регулювання договірних відносин, адже саме він забезпечує можливість їх саморегуляції. По-друге, договір здатний до усунення прогалин у цивільному законодавстві. Саме тому регулювання цивільних відносин за аналогією закону може мати місце, якщо вони не врегульовані не тільки ЦК, іншими актами цивільного законодавства, а й договором (ст. 8 ЦК).

Отже, договір є універсальним правовим засобом сфери приватного права. Він не тільки найважливіший юридичний факт, а й засіб саморегуляції у договірній сфері та одна з форм виразу права.

§ 2. Свобода договору

Свобода договору визнається однією з фундаментальних засад правового регулювання договірних відносини у сфері приватного права, про що красномовно свідчить ст. 3 нового ЦК. Її сутність впливає, перш за все, зі змісту статей 6 та 627 ЦК. Їх аналіз дає під-

¹ Див.: Гражданское право: Учеб. Ч. 1. – М.: Проспект, 1998. – С. 498.

стави стверджувати, що у договірній сфері особа має право вільно, на свій розсуд та з урахуванням своїх інтересів вирішувати наступні питання.

По-перше, вона вільна у вирішенні питання про вступ у договірні відносини (укладення договору). В умовах ринкової економіки розв'язання питання про те, вступати чи ні у договірні відносини (укладати або не укладати договір) є, за загальним правилом, прерогативою кожної особи.

По-друге, при позитивному вирішенні особою питання щодо вступу в договірні відносини, враховуючи існування в сучасних умовах конкурентного середовища, вона вільна у виборі собі контрагента (іншої сторони у договорі).

По-третє, сторони вільні у виборі виду договору. Вони мають право укладати не тільки договори, передбачені ЦК та іншими актами цивільного законодавства (понайменовані договори), а й ті, які не передбачені ними, за умови відповідності їх загальним засадам цивільного законодавства (йдеться, наприклад, про договори про надання медичних, екскурсійних послуг тощо). Сторони також мають право укладати змішані договори, тобто ті, у яких містяться елементи різних договорів (ч. 2 ст. 628 ЦК). Прикладом такого договору є договір консигнації, який може містити елементи договорів поставки, комісії, доручення, зберігання тощо.

По-четверте, сторони вільні у визначенні умов договору, сукупність яких складає його зміст. У відповідності зі ст. 628 ЦК зміст договору становлять, перш за все, умови, визначені на розсуд сторін і погоджені ними. Хоча умови договору можуть бути і обов'язковими відповідно до актів цивільного законодавства¹.

Слід погодитися з думкою А. В. Луць про те, що зміст договірної свободи повністю не розкривається у статтях 6 та 627 ЦК². Її складовими є також право сторін на вибір форми правочину (договору), якщо інше не передбачено законом (ч. 1 ст. 205 ЦК), на обрання одного з видів забезпечення виконання договірного зобов'язання (ч. 2 ст. 546 ЦК), на встановлення форми (міри) відповідальності за порушення договірних зобов'язань (чч. 2–3 ст. 551 ЦК, чч. 2–3 ст. 624 ЦК), на зміну або розірвання укладеного договору за згодою сторін (ч. 1 ст. 651 ЦК).

Оскільки будь-яка свобода, у тому числі й договору, не є безмежною, постає питання про межі дії свободи договору. Дослідники даної проблеми зазначають, що ці межі пов'язані з необхідністю для сторін договору підпорядкуватися імперативним правилам (приписам), які містяться в актах цивільного законодавства, та підпорядковувати свої відносини диспозитивним нормам, що містяться у

¹ Дет. про це див. § 3 даної глави.

² Луць А. В. Свобода договору в цивільному праві України: Автореф. канд. дис. – К., 2001. – С. 5.

зазначених актах, а також квазінормативним регуляторам у вигляді ділових звичаїв¹.

Таким чином, проблема меж договірної свободи полягає у визначенні співвідношення актів цивільного законодавства і договору. Слід враховувати, що новий ЦК України у ст. 6 надає сторонам у договорі право відступати від положень актів цивільного законодавства і врегульовувати свої відносини на власний розсуд. Таким є загальне правило. Винятки з нього (неможливість сторін у договорі відступати від положень актів цивільного законодавства) мають місце лише тоді, коли на неможливість такого відступу прямо вказується у зазначених актах, а також у разі, якщо обов'язковість для сторін положень актів цивільного законодавства випливає з їх змісту або із суті відносин між сторонами. Дане положення має бути врахованим при визначенні меж договірної свободи. **Отже, імперативні приписи, що містяться в актах цивільного законодавства, лише тоді обмежують договірну свободу, коли сторони не можуть відступити від них.** При вирішенні питання про те, чи можуть обмежувати свободу договору такі квазінормативні регулятори, якими є звичай, слід враховувати правило, закріплене у ч. 2 ст. 7 ЦК. Згідно з ним звичай, що суперечить договору, в цивільних відносинах не застосовується.

§ 3. Загальна та спеціальна класифікація цивільно-правових договорів

Необхідність загальної та спеціальної класифікації договорів зумовлена, з одного боку, наявністю загальних рис, властивих їм як правочинам, а також ознак, що притаманні саме договорам і обумовлені зустрічним характером волевиявлень учасників, а, з другого боку – їх багатоманітністю, з точки зору правових наслідків, настання яких бажають сторони, послідовності досягнень останніх тощо.

Оскільки договір є різновидом правочину, на нього поширюється загальна класифікація правочинів на реальні і консенсуальні, відплатні та безвідплатні, абстрактні і каузальні, умовні, строкові, фидуціарні та біржові. Така класифікація здійснюється з використанням тих самих критеріїв, які застосовуються при відповідній класифікації правочинів²; і тому вона може розглядатися як загальна класифікація договорів.

Спеціальна класифікація договорів здійснюється з використанням наступних класифікаційних критеріїв.

Залежно від концентрації прав та обов'язків у сторін договору, як зобов'язання, вони поділяються на односторонні та двосторонні. Якщо кожна із сторін має як права, так і обов'язки, договір є двостороннім. Якщо ж одна сторона має тільки право, а друга – лише обо-

¹ Див., напр.: Луць В. В. Вказ. праця. – С. 19.

² Дет. про види правочинів див. § 2 гл. 10 т. 1 цього підручника.

в'язок, договір є одностороннім. Прикладом останнього є договір позики, за яким позикодавець має право вимагати повернення переданих позичальнику у власність грошей або речей, визначених родовими ознаками, а позичальник зобов'язаний повернути позикодавцеві таку ж суму грошових коштів (суму позики) чи таку ж кількість речей того ж роду та такої якості (ст. 1046 ЦК). Переважна ж більшість договорів, понайменованих у ЦК, є двосторонніми (купівля-продаж, оренда, підряд, доручення, комісія тощо).

Залежно від юридичної спрямованості та послідовності досягнення цілей договори поділяються на **основні і попередні**.

Основний договір безпосередньо породжує права та обов'язки сторін, пов'язані з передачею майна, виконанням роботи, наданням послуги тощо (**основного договору**). **Попередній договір** – це договір, сторони якого зобов'язуються протягом певного строку (в певний термін) укласти основний договір у майбутньому на умовах, встановлених попереднім договором (ст. 635 ЦК).

Необхідність укладення між сторонами попереднього договору може бути зумовлена різними чинниками. Йдеться, зокрема, про відсутність у особи (на момент укладення попереднього договору) права власності на річ, яка, після його виникнення у майбутньому, буде предметом продажу, або про наявність на цей момент щодо речі, власником якої є особа, обтяжень його права власності правами третіх осіб тощо.

Безпосередньо з цього визначення випливає, що **істотною умовою** попереднього договору є **умова щодо строку (терміну) укладення основного договору**, а з урахуванням вимог ч. 1 ст. 638 ЦК слід визнати, що істотною умовою попереднього договору є також **умова про предмет основного договору**. Названі умови мають бути завжди визначені, оскільки саме вони надають йому сили попереднього договору. **Невизначеність сторін щодо цих умов свідчить про відсутність їх волевиявлення на надання певним домовленостям між ними сили попереднього договору (ч. 4 ст. 635 ЦК)**. При визначенні умови щодо строку (терміну) укладення основного договору сторони вільні діяти на свій розсуд, якщо законом не встановлені обмеження, що є обов'язковими для них.

Відсутність у попередньому договорі інших істотних умов основного договору (умов, визначених законом як таких або умов, що є необхідними для договорів даного виду, а також усіх тих умов, щодо яких за заявою сторін має бути досягнуто згоди (ч. 1 ст. 638 ЦК), не є підставою вважати, що він не має сили попереднього договору, за умови, що у ньому встановлено порядок їх погодження при укладенні основного договору або, якщо цей порядок передбачений актами цивільного законодавства, які є обов'язковими для сторін договору.

Попередній договір має укладатися у **письмовій формі**, а якщо основний договір потребує нотаріального посвідчення, то й поперед-

ній повинен бути укладений у такій формі. Порушення зазначених вимог тягне загальні наслідки, передбачені статтями 218, 220 ЦК.

Оскільки попередній договір породжує зобов'язання між сторонами щодо укладення ними протягом певного строку (в певний термін) основного договору, воно є обов'язковим для сторін і підлягає виконанню. Ось чому сторона, яка необгрунтовано ухиляється від укладання основного договору, передбаченого попереднім договором, повинна відшкодувати другій стороні збитки, завдані простроченням, якщо інше не встановлено попереднім договором або актами цивільного законодавства, які є обов'язковими для сторін. У разі, якщо це передбачено попереднім договором, сторона має право вимагати, крім відшкодування збитків, завданих простроченням, спонукання у судовому порядку другої сторони до укладення основного договору (ч. 2 ст. 649 ЦК).

Строковий характер зобов'язання, яке породжується попереднім договором, зумовлює його припинення у разі, якщо основний договір не було укладено у встановлений строк (термін) або якщо жодна сторона не направила другій стороні пропозицію про його укладення.

Залежно від підстав укладення договори поділяються на вільні та обов'язкові.

Для принципу свободи договору зумовлює те, що більшість договорів, які укладаються в умовах ринкової економіки, є вільними, тобто такими, укладення котрих залежить виключно від розсуду сторін.

У разі, якщо укладення договору є обов'язковим для сторін (сторони), йдеться про обов'язковий договір, який обмежує договірну свободу осіб. До вказаних слід віднести договір, укладений на підставі правового акта органу державної влади, органу влади Автономної Республіки Крим, органів місцевого самоврядування, обов'язкового для сторін (сторони) договору. Особливостями такого договору є те, що: по-перше, його зміст має відповідати змісту зазначеного акта; по-друге, особливості його укладення встановлюються актами цивільного законодавства (ст. 648 ЦК); по-третє, розбіжності, які виникають між сторонами при укладенні цього договору, в силу прямого законодавчого припису вирішуються судом (ч. 1 ст. 649 ЦК).

Серед обов'язкових договорів особливе місце належить публічним договорам. Згідно зі ст. 633 ЦК публічним є договір, у якому одна сторона (підприємець) взяла на себе обов'язок здійснювати продаж товарів, виконання робіт або надання послуг кожному, хто до неї звернеться (роздрібна торгівля, перевезення транспортом загального користування, послуги зв'язку, медичне, готельне, банківське обслуговування тощо). З наведеного легального визначення випливають наступні ознаки публічного договору. По-перше, стороною такого договору обов'язково виступає суб'єкт підприємницької діяльності (юридична особа чи особа-підприємець). По-друге, зазначений суб'єкт здійснює такі види підприємницької

діяльності, як: реалізацію товарів, виконання робіт і надання послуг у сферах, перелік яких у ЦК сформульовано невичерпно. **По-третє**, вказані види діяльності повинні здійснюватися суб'єктом підприємництва щодо кожного, хто звернеться до нього. Відсутність будь-якої із зазначених ознак свідчить про те, що договір не є публічним, а належить до вільних договорів. Слід вказати, що безпосередньо у ЦК міститься вказівка на публічний характер договорів роздрібної купівлі-продажу (ч. 2 ст. 698), прокату (ч. 3 ст. 787 ЦК), побутового підряду (ч. 2 ст. 865 ЦК), перевезення транспортом загального користування (ч. 2 ст. 915 ЦК), зберігання на складах (у камерах, приміщеннях) загального користування (ч. 3 ст. 936 ЦК), банківського вкладу, вкладником за яким є фізична особа (ч. 2 ст. 1058 ЦК). Сенс виокремлення публічних договорів полягає у тому, що до них застосовуються наступні спеціальні правила, які не поширюються на вільні договори. **По-перше**, умови такого договору є однаковими для всіх споживачів, крім тих, кому за законом надані відповідні пільги. **По-друге**, підприємець не має права надавати переваги одному споживачеві перед іншим щодо укладення договору, якщо інше не встановлено законом. **По-третє**, підприємець, за наявності у нього можливостей надання споживачеві відповідних товарів (робіт, послуг), не має права відмовитися від укладення публічного договору, а у разі його необгрунтованої відмови – він має відшкодувати збитки, завдані нею споживачеві. Необгрунтованою слід вважати відмову у випадках, коли суб'єкт підприємницької діяльності не може довести відсутність у нього зазначеної можливості. **По-четверте**, при укладенні та виконанні публічного договору сторони (як суб'єкт підприємницької діяльності, так і його контрагент) повинні виконувати обов'язкові для них правила, встановлені актами цивільного законодавства у формі, наприклад, типових умов окремих видів публічних договорів.

Умови публічного договору, які не відповідають правилам, обов'язковим для сторін при його укладанні і виконанні, або порушують правило щодо однаковості його умов для усіх споживачів, є **нікчемними** (ч. 6 ст. 633 ЦК). Нікчемність окремої умови публічного договору не має наслідком недійсності договору в цілому, якщо можна припустити, що договір був би вчинений і без включення до нього такої умови (ст. 217 ЦК).

Залежно від способу укладення договори поділяються на **взаємоузгоджені договори** та **договори приєднання**.

При укладенні **взаємоузгодженого договору** його умови встановлюються (розробляються) усіма його сторонами.

Договором приєднання згідно з ч. 1 ст. 634 ЦК є договір, умови якого встановлені однією із сторін у формулярах або інших стандартних формах, котрий може бути укладений лише шляхом приєднання другої сторони до запропонованого договору в цілому. Друга сторона не може запропоновувати свої умови договору.

Отже, головною особливістю договору приєднання є встановлення умов договору однією стороною шляхом розроблення нею формуляра або іншої стандартної форми і неможливість другої сторони запропонувати свої умови договору.

Використання стороною-розробником формулярів або інших стандартних форм, з одного боку, є зручним і доцільним у випадках здійснення нею значного кола однакових (стандартних) дій, пов'язаних з наданням контрагентам послуг, зокрема, у сфері банківського обслуговування, перевезення пасажирів, побутового під'яду, прокату в значних обсягах. До речі, ЦК в останньому випадку прямо вказує на те, що договір прокату є договором приєднання (ч. 2 ст. 787). З другого боку, цей договір для сторони, що до нього приєднується, може бути певною мірою небезпечним не тільки тому, що вона не може впливати на зміст договору, а й через можливість зловживання другою стороною наданим їй правом щодо розроблення і використання формуляра або іншої стандартної форми.

Саме тому закон передбачає певні гарантії захисту прав сторони, що приєдналася до договору, шляхом надання їй права вимагати зміни або розірвання договору приєднання у випадках, якщо: сторона цим договором позбавлена прав, які звичайно мала; даний договір виключає або обмежує відповідальність сторони, що розробила формуляр або іншу стандартну форму; цей договір містить інші умови, які явно обтяжливі для сторони, що приєдналася до нього. При цьому сторона, яка приєдналася до договору, зобов'язана довести, що вона, виходячи зі своїх інтересів, не прийняла б вказаних умов за наявності у неї можливості брати участь у визначенні умов договору (ч. 2 ст. 634 ЦК). З урахуванням особливостей підприємницької діяльності, зокрема її ризикового характеру, закон встановлює певні особливості здійснення вказаного права на зміну або розірвання договору приєднання, укладеного особою при здійсненні нею підприємницької діяльності. Суть їх полягає у тому, що сторона, яка розробила і використала формуляр або іншу стандартну форму, може 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).

Залежно від того, хто може вимагати виконання договору, останні поділяються на договори, що укладаються на користь їх учасників, та договори на користь третьої особи.

Значна більшість договорів є такими, що укладаються на користь сторін; і право вимагати їх виконання належить лише сторонам договору.

Договором на користь третьої особи є той, у якому боржник зобов'язаний виконати свій обов'язок на користь третьої особи, котра встановлена або не встановлена у договорі (ч. 1 ст. 636 ЦК). Прикладом такого договору є договір страхування, укладений страху-

вальником зі страховиком на користь третьої особи (вигодонабувача), за яким страховик зобов'язаний здійснити страхову виплату вигодонабувачеві у разі досягнення ним певного віку або настання іншого страхового випадку (ст. 985 ЦК).

За загальним правилом, якщо інше не встановлено договором або законом чи не впливає із суті договору, виконання договору може вимагати як особа, що його уклала, так і третя особа, на користь якої його укладено. У тих випадках, коли за договором на користь третьої особи остання вимагає його виконання, боржник може виступати проти такої вимоги будь-які заперечення, що випливають з договору, які він міг би висунути, якби ця вимога була пред'явлена не третьою особою, а кредитором, котрий уклав даний договір.

Виникнення у третьої особи права вимагати виконання договору є тією ознакою, що відрізняє договір на користь третьої особи від договору про виконання третій особі, за яким третя особа отримує виконання, але не має права вимагати його виконання, якщо боржник ухиляється від виконання. Тому, наприклад, при укладенні особою договору купівлі-продажу з торговельною організацією подарунку, що має бути врученим третій особі, у останньої не виникає права вимоги щодо виконання договору, яке належить лише кредиторіві, що уклав цей договір.

Оскільки наданим третій особі правом вимоги щодо виконання договору, укладеного на її користь, вона може як скористатися, так і відмовитися від нього, Цивільний кодекс у ч. 3 та ч. 4 ст. 636 закріплює два принципових правила, суть яких полягає у наступному. По-перше, якщо третя особа виразила намір скористатися своїм правом, то з цього моменту сторони договору не можуть розірвати або змінити його без згоди третьої особи, якщо інше не встановлено договором чи законом. По-друге, 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, при укладенні договору банківського вкладу на користь третьої особи остання набуває права вкладника з моменту пред'явлення нею до банку першої вимоги, що впливає з прав вкладника, або вираження нею іншим способом наміру скористатися такими вимогами. До цього моменту особа, що уклала договір, вправі сама користуватися усіма правами вкладника, у тому числі й правом на розірвання або зміну договору. Якщо ж особа, на користь якої зроблено вклад, відмовиться від нього, особа, котра уклала договір банківського вкладу на користь третьої особи, має право вимагати повернення вкладу або переведення його на своє ім'я (ст. 1063 ЦК).

§ 4. Зміст цивільно-правового договору та його тлумачення

Зміст договору становлять умови, на яких він укладений. Слід підкреслити, що у новому ЦК міститься спеціальна стаття, присвяче-

на змісту договору. Йдеться про ст. 628, у якій умови, що становлять зміст договору, поділяються на два види, а саме: **умови, визначені на розсуд сторін і погоджені ними; умови, які є обов'язковими відповідно до актів цивільного законодавства.**

Перший вид умов договору можна йменувати **ініціативними**, а другий – **обов'язковими**. Оскільки, як уже зазначалося, з урахуванням свободи договору, сторони є вільними у визначенні його умов (ст. 627 ЦК), **перевага віддається саме ініціативним умовам договору.** Що ж стосується **обов'язкових умов**, то ними є ті, які **стосовно окремих видів договору закріплені у актах цивільного законодавства, положення котрих є обов'язковими для сторін з урахуванням вимог ст. 6 ЦК про співвідношення актів цивільного законодавства і договору.** Йдеться про умови, що не можуть змінюватися сторонами через наявність у актах цивільного законодавства прямого застереження про це, а також про умови, обов'язковість яких випливає із змісту зазначених актів або із суті відносин між сторонами. Відповідно до вказаного існують дві базові моделі правового регулювання договірних відносин – внутрішнє регулювання (саморегулювання) та зовнішнє (імперативне, державне) регулювання. Суть **першої моделі** полягає у тому, що сторони скористалися наданою їм **можливістю саморегулювання і обмежили коло умов договору лише ініціативними умовами.** Це може мати місце, коли акти цивільного законодавства щодо виду укладеного сторонами договору взагалі не передбачають кола обов'язкових умов, а також і тоді, коли такі умови, хоча і передбачені, але не містять прямого застереження про неможливість сторонам відступати від даних вимог. Суть **другої моделі** полягає у тому, що сторони відмовилися від наданої їм можливості саморегулювання і погодилися із зовнішнім (імперативним, державним) регулюванням договірних відносин. Безумовно, другою моделлю охоплюється ситуація, коли акти цивільного законодавства щодо типу (виду) договору, який уклали сторони, не тільки передбачають коло обов'язкових умов, а й містять застереження про неможливість відступу від їх вимог.

Слід зазначити, що новий Цивільний кодекс України, закріплюючи спеціальні правила про зміст договору, відтворює у ст. 638 також і правила, які містилися у ст. 153 ЦК 1963 р., спрямовані на виокремлення істотних умов договору. Суть такого виокремлення полягає у тому, що укладення договору пов'язується з досягненням згоди між сторонами у потрібній у належних випадках формі саме стосовно цих умов. У зв'язку з цим виникає питання про співвідношення за новим ЦК умов договору, які складають його зміст (ст. 628), та істотних умов (ст. 638). Але вирішення даного питання є неможливим без встановлення сутності істотних умов, чинників, які обумовили необхідність їх виокремлення у ЦК 1963 р. та доцільність збереження їх у новому Цивільному кодексі.

Відповідно до ст. 153 ЦК 1963 р. істотними визнавалися умови до-

говору, визначені такими за законом, або які були необхідними для договорів даного виду, а також усі ті умови, щодо яких, за заявою однієї із сторін, необхідним було досягнення згоди. Аналіз зазначеної норми давав підстави стверджувати, що істотні умови мали свою внутрішню диференціацію і охоплювали три групи умов, а саме: умови, визнані такими за законом; умови, які хоча у законі і не визнані істотними, але є такими через їх необхідність для договорів даного виду; умови, про включення яких до договору наполягає одна із сторін. Чинники, що обумовлювали склад істотних умов, майже не розглядалися дослідниками, хоча вони вказували не те, що при відсутності хоча б однієї з істотних умов договір вважається не укладеним¹, що ці умови формують договори в цілому та їх окремі типи (види), зокрема. Дані умови є необхідними і достатніми для того, щоб договір вважався здатним породжувати права і обов'язки його сторін². Отже, сутність істотних умов полягає в їх обов'язковості для набуття договором ознак юридичного факту. Саме обов'язковість є тією загальною ознакою, що має об'єднувати усі три види істотних умов. Але виникає питання: у чому саме полягає їх обов'язковість і чим зумовлена необхідність зазначених видів істотних умов?

На перший погляд, обов'язковість істотних умов завжди полягає у необхідності досягнення сторонами згоди щодо усіх їх видів. Принаймні, це впливає з буквального змісту ч. 1 ст. 153 ЦК 1963 р., оскільки за правилом, вміщеним у ній, договір вважається укладеним, коли між сторонами досягнуто згоди стосовно всіх істотних умовах. Але, згідно з ч. 2 цієї ж статті, згоду необхідно досягти тільки щодо третього виду істотних умов – тих, на необхідності яких наполягає одна із сторін. Що ж до істотних умов першого та другого виду, то вони визнавалися істотними, незалежно від волі сторін. І це не випадково. З огляду на те, що досягнення згоди знаходить прояв у домовленості сторін, яка є результатом узгодженості їх волі, а, отже, у сторін при цьому має бути можливість вибору. Такої можливості щодо вибору переліку істотних умов першого і другого виду сторони не мали, оскільки зазначені умови або містилися у імперативних нормах, які за ЦК 1963 р. не могли змінюватися згодою сторін, або впливали із змісту саме таких норм. Тому дані умови визнавалися істотними за визначенням законодавця. При цьому не має принципового значення те, чим зумовлена обов'язковість істотних умов: згодою сторін на це, їх вимушеністю підкорятися імперативним вимогам закону або існуючому в державі правопорядку, оскільки незгода сторін з ними з будь-якого мотиву тягла однаковий наслідок – договір визнавався неукладеним.

Відповідаючи на питання про те, чим була зумовлена необхідність

¹ Вільнянський С. І. Вказ. праця. – С. 301.

² Брагинский М. И., Витрянский В. В. Договорное право. Книга первая. Общие положения. – Изд. второе. – М.: Статут, 1999. – С. 296.

диференціації істотних умов на зазначені види, слід вказати на їх пов'язаність з домінуючими правовими засобами та панівним типом регулювання цивільних відносин у період існування директивної (планової) економіки.

Перший вид істотних умов безпосередньо пов'язаний з тим, що договори соціалістичних організацій (яким належав пріоритет у сфері договірних відносин) мали своїм призначенням конкретизацію та забезпечення виконання народногосподарських планів¹. Саме через імперативні приписи (заборони, зобов'язування, санкції), обов'язкові для сторін договору, в умовах відсутності конкурентного середовища, забезпечувались публічні інтереси у цій сфері суспільних відносин. Це повністю узгоджувалось з тими реаліями, які існували у той час у суспільстві. Йдеться про те, що відмова від об'єктивного поділу права на приватне і публічне та опублічення усіх суспільних відносин призвело до повної централізації державою усього суспільного життя через панування абсолютно зобов'язуючого типу регулювання суспільних відносин. В економічній сфері дана централізація призвела до створення та функціонування економіки, що базувалася на моноласності, яка належала державі. Заборона приватної власності та підприємництва унеможливлювали прояв у цій сфері будь-якої ініціативи окремої особи. У правовій сфері, де пануюче місце займала держава з авторитарним режимом, майже єдиним регулятором суспільних відносин визнавалися нормативні приписи, що здебільшого мали імперативний характер. Роль же договору, як регулятора суспільних відносин, перш за все у сфері економіки, була принижена за рахунок підвищення ролі адміністративних (владних) актів, у тому числі актів планування. Про це красномовно свідчить ст. 152 ЦК 1963 р., згідно з якою зобов'язання, що виникало безпосередньо з акта планування народного господарства, визначалося останнім, а зміст договору, який укладався на підставі планового завдання, повинен був відповідати цьому завданню. Причому в останньому випадку імперативним чином визначалося не тільки коло істотних умов першого виду, а й самі ці умови.

Необхідність другого виду істотних умов була зумовлена здебільшого тим, що ст. 4 ЦК 1963 р. визнавала підставою виникнення цивільних прав і обов'язків не тільки договори, передбачені законом (понайменовані договори), а й ті, що хоча і не передбачені законом, але такі, які йому не суперечать. Крім того, необхідність цього виду умов пов'язана ще й з тим, що не для усіх понайменованих договорів закон прямо передбачав коло істотних умов. Названі два види істотних умов об'єднувало наступне. По-перше, останні, як вже зазначалося, генетично пов'язані з імперативними нормами. По-друге, вони пристосовані до зовнішнього (державного) регулювання суспільних

¹ Новицький І. Б., Луц Л. А. Общее учение об обязательстве. – М.: Госюриздат, 1950. – С. 95.

відносин, за якого, як зазначав І. О. Покровський, регулювання здійснюється з єдиного центру, котрим є державна влада. Саме вона вказує своїми нормами кожній особі її юридичне місце, її права і обов'язки стосовно державного механізму в цілому і щодо інших окремих осіб¹.

Нарешті, наявність третього виду істотних умов пов'язана з тим, що хоча у часи існування директивної (планової) економіки принцип свободи договору не тільки не визнавався законодавцем, а й розглядався, навіть, науковцями як демагогічна фразеологія, що завуальовує експлуаторський характер договору в капіталістичному суспільстві², все ж окремі послаблення у договірній сфері і тоді передбачалися. Вони знаходили свій прояв у тому, що в окремих випадках договір розглядався як певний соціальний регулятор суспільних відносин. Йдеться про випадки, коли норми права надавали учасникам договірних відносин можливість встановлювати окремі види умов договору. Це надало можливість дослідникам виокремлювати у змісті договору звичайні та випадкові умови. Як звичайні, так і випадкові умови пов'язані, перш за все, не з імперативними, а з диспозитивними нормами, у яких міститься модель, запропонована законодавцем. Одночасно ж сторонам договору надавалася можливість відступати від цієї моделі. Невключення до договору умови, передбаченої диспозитивною нормою як запропонованої моделі, свідчило про те, що для даного договору вона є звичайною. Формулювання ж у договорі погодженої сторонами умови всупереч моделі, запропонованій у диспозитивній нормі, вказувало на те, що для даного договору вона є випадковою. Випадковою вважалась і умова, яка погоджувалась сторонами з метою вирішення питань, що взагалі не були врегульовані законодавством.

Пов'язаність звичайних і випадкових умови з диспозитивними нормами або з відсутністю прямої заборони на врегулювання відносин за домовленістю сторін зближує їх з істотними умовами. Невипадково дослідники останнім часом вказують на відсутність підстав для виокремлення таких умов взагалі³. Така позиція заслуговує на увагу. Безспірність її щодо випадкових умов не викликає сумніву з огляду на те, що при включенні останніх до договору вони нічим не відрізняються від істотних умов третього виду. В тих же випадках, коли йдеться про звичайні умови, які не включаються до договору через їх збігання з моделлю, запропонованою у диспозитивній нормі, вони є схожими з істотними умовами першого виду, за умови згоди з тим, що диспозитивні норми не відрізняються від імперативних доти,

¹ Покровский И. А. Основные проблемы гражданского права. – М.: Статут, 1998. – С. 38.

² Новицкий И. Б., Луц Л. А. Вказ. праця. – С. 108.

³ Брагинский М. И., Витрянский В. В. Вказ. праця. – С. 302.

поки сторони не включають до договору умови, які відрізняються від моделі, запропонованої у диспозитивній нормі¹.

Отже, ЦК 1963 р. нормативно виокремлював лише істотні умови договору, пов'язуючи досягнення згоди щодо них з моменту його укладенням. Легальна диференціація істотних умов на три види була обумовлена здебільшого домінуючими у той час правовими засобами (заборони, зобов'язування, санкції) та панівним типом регулювання цивільних відносин в умовах існування планової економіки.

Відповідь на раніше поставлене питання про доцільність збереження у новому Цивільному кодексі України нормативного виокремлення істотних умов договору має бути позитивною. Це пов'язано з тим, що його ст. 638 як істотну умову будь-якого договору закріплює умову про його предмет, за допомогою якого визначається сутність (тип та вид) зобов'язання, що породжується укладеним договором. Що ж стосується збереження у ст. 638 ЦК диференціації істотних умов на три види за моделлю ЦК 1963 р., то такої доцільності не вбачається, хоча б з огляду на те, що це не узгоджується з умовами договору, які становлять його зміст відповідно до ст. 628 ЦК. Отже, абз. 2 ч. 1 ст. 638 ЦК необхідно узгодити із загальним змістом ст. 638 ЦК і **закріпити правило про те, що істотними умовами договору є умова про предмет та інші умови, які становлять його зміст згідно зі ст. 628 ЦК.** Практично це буде означати, що, крім предмета договору, до істотних його умов будуть належати (залежною від обраної базової моделі регулювання договірних відносин) умови, визначені на розсуд сторін і погоджені ними, ті, які є обов'язковими відповідно до актів цивільного законодавства, з урахуванням правил про співвідношення актів цивільного законодавства і договору, закріплених у ст. 6 ЦК, або поєднання обох видів умов.

Слід підкреслити, що і за новим ЦК зберігається сутність істотних умов, а саме – пов'язаність укладення договору з досягненням згоди сторін щодо них у належній формі. Але перелік і зміст цих умов визначають, за загальним правилом, самі сторони. Новий ЦК не закріплює як істотні умови договору, навіть, умови щодо ціни та строків (як це було передбачено у ст. 130 ЦК УСРР 1922 р.), хоча встановлює, відповідно, у ст. 632 та ст. 631 моделі даних умов, якими можуть скористатися сторони. Не випадково ч. 4 ст. 632 ЦК містить правило, згідно з яким, якщо ціна у договорі не встановлена і не може бути визначена, виходячи з його умов, вона визначається, виходячи із звичайних цін, що склалися на аналогічні товари, роботи або послуги на момент укладення договору.

На зміст договору і за новим ЦК можуть впливати як акти органів державної влади, органів влади Автономної Республіки Крим, органів місцевого самоврядування (ч. 1 ст. 648 ЦК), так і типові умови до-

¹ Див.: Там само. – С. 301.

говорів певного виду, оприлюднені у встановленому порядку (ст. 630 ЦК). Зазначені положення потребують пояснення.

Акти зазначених органів, зокрема, державні замовлення, можуть впливати на зміст договору тільки у випадку обов'язковості їх для сторін (сторони). Згідно зі ст. 2 Закону України «Про поставку продукції для державних потреб» від 22 грудня 1995 р.¹ такі державні замовлення є обов'язковими лише для юридичних осіб, заснованих повністю або частково на державній власності, а також для суб'єктів усіх форм власності, які є монополістами на відповідному ринку продукції, за умови, що виконання державного замовлення не спричиняє збитків їх виконавцям. Безумовно, виконання державного замовлення є обов'язковим і для суб'єктів приватного права, що погодилися за власним розсудом бути його виконавцем. При цьому зміст договору (державного контракту), укладеного на підставі зазначеного акта, має йому відповідати.

Типові умови договорів певного виду, оприлюднені у встановленому порядку, теж можуть впливати на зміст відповідних умов конкретного договору. Такі умови здебільшого стосуються зовнішньоекономічних договорів (контрактів). Наприклад, постановою Кабінету Міністрів України і Національного банку України від 21 червня 1995 р. № 444² встановлені типові платіжні умови зовнішньоекономічних договорів (контрактів) і типові форми захисних застережень до цих договорів (контрактів), які рекомендовані для застосування суб'єктам підприємницької діяльності. Згідно зі ст. 630 ЦК типові умови є обов'язковими для сторін лише у випадку, коли це встановлено самим договором. Якщо ж у договорі не міститься посилання на типові умови, останні можуть застосовуватися як звичай ділового обороту, за умови, що вони відповідають вимогам ст. 7 ЦК, тобто за умови, що вони не суперечать іншим умовам договору або актам цивільного законодавства, які є обов'язковими для сторін. Від типових умов договору, передбачених ст. 630 ЦК, слід відрізнити типові договори, що використовуються при укладенні договорів приєднання, на які правила вказаної статті не поширюються.

Викладене свідчить, що в умовах дії принципу свободи договору та можливості саморегулювання у цій сфері суспільних відносин зміст договору об'єктивно ускладнюється. Саме тому новий ЦК у ст. 637 передбачає можливість тлумачення умов договору – з'ясування дійсного їх змісту самими сторонами або судом на вимогу сторін чи однієї з них. Оскільки на договори (двосторонні та багатосторонні правочини) поширюється у повному обсязі технологія тлумачення правочинів, яка закріплена в ст. 213 ЦК, і детально викладена у главі I-го тому цього підручника, що присвячена правочинам, немає потреби ще раз зупинятися на даному питанні. Але слід звернути увагу на

¹ Відомості Верховної Ради України. – 1996. – № 3. – Ст. 9.

² Зібрання постанов Уряду України. – 1996. – № 3. – Ст. 9.

те, що при тлумаченні договорів, згідно з ч. 2 ст. 637 ЦК, можуть враховуватися також типові умови договору (типові договори), навіть якщо у договорі немає посилання на ці умови.

§ 5. Укладення цивільно-правового договору

Оскільки договір є домовленістю двох або більше сторін, його укладення пов'язується з досягненням між ними у належній формі згоди з усіх істотних умов (ч. 1 ст. 638 ЦК). Процес укладення договору складається з двох стадій, а саме: пропозиції укласти договір, що йменується **офертою**, та прийняття зробленої пропозиції другою стороною, яка називається **акцептом**. Оферентом і акцептантом йменується сторона, котра зробила пропозицію укласти договір або прийняла її (відповідно).

Згідно зі ст. 641 ЦК пропозицію укласти договір (оферту) може зробити кожна із сторін майбутнього договору. Аналіз цієї статті дає підстави стверджувати, що офертою є не будь-яка пропозиція, а лише та, що відповідає наступним умовам. По-перше, пропозиція має містити істотні умови договору. По-друге, вона повинна виражати намір **особи, яка зробила пропозицію**, вважати себе зв'язаною договором і запропонованими умовами у разі її прийняття іншою особою. По-третє, вона має бути спрямованою до конкретної особи (**декількох осіб**). Хоча третя умова прямо у ст. 641 ЦК не закріплена, але вона впливає з її суті. Про це свідчить положення, закріплене у даній статті, згідно з яким не визнається, за загальним правилом, офертою, а розглядається лише як запрошення робити пропозиції щодо укладення договору реклама або інші пропозиції, адресовані невизначеному колу осіб. Як виняток із загального правила слід розглядати існування публічної оферти, яка має не персоніфікований характер, за умови, що реклама або інші пропозиції містять усі істотні умови договору і висловлюють намір укласти договір з будь-якою особою, яка відповідь на цю пропозицію.

Такий формалізований підхід до оферти пов'язаний з тим, що за юридичною природою вона є одностороннім правочином, який, з моменту отримання його іншою стороною, породжує певні юридичні обов'язки для оферента. Так, останній не може відкликати одержану адресатом оферту **протягом** строку, встановленого для відповіді, якщо інше не вказане у пропозиції або не впливає з її суті чи обставин, за яких вона зроблена. Але оферта може бути відкликана до моменту або, навіть, у момент одержання її адресатом. Так, оферта, надіслана листом, може бути відкликана до його отримання адресатом телеграмою чи з допомогою інших засобів оперативного зв'язку. В разі спору щодо правомірності відзиву оферти він підлягає розгляду судом.

Відповідь особи, якій була адресована пропозиція укласти договір, **про її прийняття** визнається акцептом, якщо з неї випливає, що є повна і безумовна згода акцептанта із запропонованими у оферті умовами (ч. 1 ст. 642 ЦК). Відповідь про згоду укласти договір на інших,

ніж було запропоновано умовах, є згідно зі ст. 646 ЦК відмовою від одержаної пропозиції і водночас новою пропозицією особі, яка зробила попередню пропозицію. При цьому первинний offerent займає місце акцептанта.

Правовий наслідок акцепту – укладення договору пов'язується не з його здійсненням, а саме із своєчасним отриманням offerentом такої відповіді. Ось чому особа, яка прийняла пропозицію, може відкликати свою відповідь про її прийняття, повідомивши про це offerenta до моменту або у момент одержання нею відповіді про прийняття пропозиції (ч. 3 ст. 642 ЦК).

ЦК по-різному вирішує питання про своєчасність акцепту залежно від того, чи вказувався у пропозиції про укладення договору строк для відповіді.

Так, якщо у пропозиції укласти договір вказаний строк для відповіді, договір є укладеним, коли особа, яка зробила пропозицію, одержала відповідь про її прийняття протягом цього строку (ст. 643 ЦК).

Якщо ж у пропозиції укласти договір не було вказано строку для відповіді, своєчасність її отримання визначається залежно від форми offerти. При усній формі offerти (це має місце у випадку, коли сторони спілкуються між собою безпосередньо) договір вважається укладеним, якщо особа, якій було зроблено пропозицію, негайно заявить про її прийняття. При письмовій формі offerти 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 offerentом і акцептантом, спосіб спілкування між ними тощо.

Прийняттям (акцептом) пропозиції на умовах, викладених у offerті, вважається вчинення акцептантом у межах строку для відповіді дії, яка засвідчує його бажання укласти договір (ч. 2 ст. 642 ЦК), якщо це не суперечить змісту offerти або вимогам, установленим законом. Такими діями можуть бути відвантаження товару, надання послуги, виконання роботи, сплата відповідної суми грошей, вчинення інших дій відповідно до вказаних у offerті умов договору.

Оскільки offerent зобов'язаний перед стороною, якій він зробив пропозицію укласти договір, лише протягом строку, необхідного їй для відповіді, одержання останньої із запізненням звільняє offerenta від відповідних обов'язків (ч. 1 ст. 645 ЦК). При цьому договір вважається неукладеним. Таким є загальне правило. Але може бути і наступна ситуація, коли з відповіді про прийняття пропозиції укласти договір випливає, що вона відправлена акцептантом своєчасно, але через винні дії установ зв'язку чи з інших причин offerent отримав її із запізненням. У Цивільному кодексі щодо такої ситуації закріплено наступні правила, які залежать від низки обставин. По-перше, якщо offerent негайно повідомить особу, якій було направлено пропози-

цію, про одержання її відповіді із запізненням, він звільняється від відповідних зобов'язань перед останньою, а договір з нею вважається неукладеним. Наявність вказаного правила пов'язана з необхідністю негайної стабілізації відносин. З одного боку, оферент, не отримавши своєчасно відповіді від другої сторони, міг вважати, що вона відмовилася від укладення договору і укласти договір з іншою особою. З іншого – акцептант, впевнений у тому, що договір укладений, міг почати його виконання. При невиконанні цього правила договір вважається укладеним і оферент зобов'язаний виконати його або відшкодувати збитки другій стороні. По-друге, відповідь, одержана із запізненням, є згідно з ч. 2 ст. 645 ЦК новою пропозицією; при цьому сторони міняються місцями. По-третє, за згодою оферента, 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). Обидва з останніх правил, закріплених у ст. 645 ЦК, спрямовані на захист інтересів первинного оферента, який зацікавлений в укладенні договору з первинним акцептантом.

Питання про форму договору є важливим, хоча б з огляду на те, що його укладення пов'язується, як уже зазначалося, з досягненням у **належній формі** згоди між сторонами з усіх істотних умов. Але, оскільки на договір поширюються загальні правила щодо форми правочинів, закріплені у статтях 205–209 ЦК і детально розглянуті у главі «Правочини» I-го тому даного підручника, у цій главі слід зупинитися лише на правилах, встановлених у ст. 639 ЦК. Сутність цієї статті полягає у деталізації прояву свободи сторін стосовно форми договору. Це впливає, по-перше, з можливості обрання ними будь-якої форми, передбаченої ст. 205 ЦК (усної, письмової, конклюдентної дії, мовчання), за умови, що вимоги стосовно форми договору не встановлені законом. По-друге, сторонам надається право відступати від вимог закону щодо його форми, але лише у бік її «ускладнення». Саме так слід розуміти правила, закріплені у чч. 2–4 ст. 639 ЦК. Так, якщо сторони домовилися укласти договір у простій письмовій формі, хоча за законом останній може укладатися в усній формі, він вважається укладеним з моменту надання йому форми, про яку домовилися сторони. Такі ж самі правила діють і у разі домовленості сторін стосовно нотаріального посвідчення договору, щодо якого закон вказаного посвідчення не вимагає. Отже, договірна свобода щодо форми договору діє там, де закон не встановлює правил про неї, а також у випадках, коли сторони домовляються про ускладнення форми, порівняно з вимогами, передбаченими законом.

Важливе практичне значення має вирішення питання про місце та момент укладення договору. Згідно зі ст. 647 ЦК, 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.

Визначення моменту укладення договору пов'язується, перш за все, з тим, яким (консенсуальним чи реальним) є договір, що укладається. Моментом укладення консенсуального договору визнається момент одержання оферентом відповіді від сторони, якій направлена пропозиція, про її прийняття (ч. 1 ст. 640 ЦК). Реальний договір є укладеним у момент передання відповідного майна або вчинення певної дії (ч. 2 ст. 640 ЦК).

Якщо ж договір підлягає нотаріальному посвідченню або державній реєстрації, моментом його укладення є момент вказаного посвідчення або такої реєстрації. У разі, якщо нотаріально посвідчений договір потребує ще й державної реєстрації, моментом укладення є момент останньої (ч. 3 ст. 640 ЦК). Отже, у цьому не тільки форма договору, а й публічно-правова його легітимація набуває правоутворюючого (конститутивного) значення.

Таким є загальний порядок укладення цивільно-правових договорів.

Але слід мати на увазі й те, що новий Цивільний кодекс передбачає можливість встановлення у актах цивільного законодавства особливостей укладення договорів на підставі правового акта органу державної влади, органу влади Автономної Республіки Крим, органу місцевого самоврядування, який є обов'язковим для обох чи однієї сторони (ч. 2 ст. 648), та договорів, що укладаються на біржах, аукціонах, конкурсах тощо (ст. 650).

Такі особливості встановлені, наприклад, для договорів на закупівлю товарів, робіт і послуг, що повністю або частково здійснюються за рахунок коштів Державного бюджету, бюджету Автономної Республіки Крим та місцевих бюджетів, а також за рахунок державних кредитних ресурсів, коштів Національного банку України, фондів соціального страхування, коштів державних цільових фондів, коштів Пенсійного фонду України, за умови, що вартість закупівлі товару і послуг дорівнює або перевищує суму, еквівалентну двом тис. євро, а робіт – ста тис. євро.

Згідно із Законом України «Про закупівлю товарів, робіт і послуг за державні кошти» від 22 лютого 2000 р.¹ закупівля товарів, робіт та послуг за вказані кошти може здійснюватися за процедурою відкритих торгів, торгів з обмеженою участю, двоступеневих торгів, запиту цінових пропозицій (котирувань), закупівлі у одного постачальника (учасника). Причому зазначений Закон основною процедурою здійснення закупівель визнає відкриті торги. Ця процедура передбачає наступні 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

¹ Відомості Верховної Ради України. – 2000. – № 20. – Ст. 148.

вимог тендерної документації; розкриття, оцінку та порівняння тендерних пропозицій; акцепт тендерної пропозиції і укладення договору про закупівлю.

Оголошення про заплановану закупівлю має бути опубліковано у «Віснику державних закупівель», що видається Міністерством економіки та з питань європейської інтеграції, на яке постановою Кабінету Міністрів України від 27 вересня 2000 р. № 1469 «Про організаційні заходи щодо функціонування системи державних закупівель»¹ покладено функцію спеціально уповноваженого центрального органу виконавчої влади з питань координації закупівель товарів, робіт і послуг. Крім того, такі публікації мають бути надруковані і у інших друкованих органах масової інформації, визначених замовником.

Замовник протягом трьох робочих днів, з дня отримання запиту учасника процедури відкритих торгів про надання необхідних документів, має надіслати йому тендерну документацію, у якій повинні міститися відомості, визначені у ст. 21 Закону України «Про закупівлю товарів, робіт і послуг за державні кошти» від 22 лютого 2000 р. Саме у цій документації містяться вимоги щодо характеру, технічних і якісних характеристик предмета закупівлі, строку поставки товарів, виконання робіт, надання послуг, місце виконання робіт і надання послуг, тобто вихідних положень, які мають бути викладені учасником процедури відкритих торгів у тендерній пропозиції і котрі слід розглядати як істотні умови майбутнього договору.

За загальним правилом, строк для подання учасником процедури відкритих торгів тендерних пропозицій має становити сорок п'ять календарних днів від дати опублікування оголошення про проведення торгів. Тендерна пропозиція повинна подаватися у письмовій формі за підписом уповноваженої особи учасника у запечатаному конверті або у іншій формі, зазначеній у тендерних документах.

Розкриття тендерних пропозицій відбувається у день закінчення їх подання, у час та у місці, зазначених у тендерній документації. До участі у процедурі розкриття тендерних пропозицій замовником повинні бути допущені всі учасники, що подали названі пропозиції, або їх уповноважені представники. Замовник визначає переможця торгів з числа учасників, тендерні пропозиції яких не були відхилені, на основі критеріїв і методики оцінки вказаних пропозицій, зазначених у тендерній документації. Загальний строк здійснення оцінки, порівняння та визначення переможця торгів не повинен перевищувати тридцяти робочих днів після дня розкриття тендерних пропозицій.

Тендерна пропозиція, що визнана найкращою за результатами оцінки, має бути акцептована замовником. Протягом п'яти календарних днів з дня акцепту замовник надсилає переможцю відкритих торгів повідомлення про акцепт тендерної пропозиції, а також надсилає всім учасникам процедури відкритих торгів письмове повідомлення

¹ Офіційний вісник України. – 2000. – № 39. – Ст. 57.

про їх результати. У строк, не раніше п'яти робочих днів з дня відправлення письмового повідомлення всім учасникам відкритих торгів, замовник укладає договір про закупівлю з учасником, тендерна пропозиція якого акцептована. Протягом семи календарних днів після укладення договору закупівлі замовник має надіслати для публікації у «Віснику державних закупівель» оголошення про результати відкритих торгів.

Основні вимоги до договору закупівлі визначені у ст. 34 Закону «Про закупівлю товарів, робіт і послуг за державні кошти». Вони стосуються обов'язковості для такого договору письмової форми та відповідності положенням Цивільного кодексу. В ній також передбачені підстави оскарження будь-яким учасником дій замовника та порядок подання і розгляду скарг з приводу порушення замовником процедури закупівлі. Нарешті, вказана стаття містить правила про недійсність (нікчемність) договору закупівлі, укладеного у період зупинення процедури закупівлі, та у разі порушення замовником вимог процедур, пов'язаних з доведенням до учасників відкритих торгів їх результатів, строку укладення договору з учасником, тендерну пропозицію якого було акцептовано, та у випадку неоприлюднення замовником результатів відкритих торгів у «Віснику державних закупівель».

Значна роль у здійсненні процедур закупівлі належить тендерним комітетам, до складу яких входять відповідні спеціалісти, що призначаються замовником. Порядок створення тендерних комітетів та їх головні функції визначені у наказі Міністерства економіки України № 2/80 від 26 грудня 2000 р.¹

Особливості укладення договорів на біржах передбачені Законом України «Про товарну біржу» від 10 грудня 1991 р.² Згідно зі ст. 15 цього Закону біржовою операцією визнається договір, який відповідає наступним 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 поданим для реєстрації та зареєстрованим на біржі не пізніше дня, що є наступним за днем здійснення його на біржі.

Біржові операції дозволяється здійснювати лише членам 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.

Основним документом, що регламентує порядок здійснення біржових операцій, ведення біржової торгівлі та розв'язання спорів з

¹ Офіційний вісник України. – 2001. – № 3. – Ст. 92.

² Відомості Верховної Ради України. – 1992. – № 10. – Ст. 139.

цих питань, є правила біржової торгівлі, які затверджуються загальними зборами членів біржі або органом, ними уповноваженим.

Біржові договори вважаються укладеними з моменту їх реєстрації на біржі. Вони не підлягають нотаріальному посвідченню.

Укладення договорів на аукціонах та конкурсах передбачено, зокрема, у Законі України «Про приватизацію невеликих державних підприємств (малу приватизацію)» від 6 березня 1992 р.¹

Продаж на аукціоні полягає у передачі права власності покупцю, який запропонував у ході торгів найвищу ціну. 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 у інформаційних бюлетенях органів приватизації, місцевій пресі та інших друкованих виданнях, визначених органом приватизації. Покупці мають бути зареєстровані як учасники аукціону чи конкурсу, повинні 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 як двох покупців.

Аукціон проводиться відповідним органом приватизації або уповноваженою ним особою. Торги проводить безпосередньо ведучий (ліцитатор), який до їх початку характеризує об'єкт та умови його продажу. З моменту оголошення ведучим початкової ціни починаються торги. Якщо протягом трьох хвилин після оголошення не буде запропоновано вищу ціну, ведучий одночасно з ударом молотка робить оголошення про придбання об'єкта тією особою, яка запропонувала найвищу ціну. Під час аукціону ведеться протокол, який підписується ведучим та покупцем. Він протягом трьох днів надсилається відповідному органу приватизації для затвердження.

Умови і термін проведення конкурсу визначає конкурсна комісія, що створюється відповідним органом приватизації. Для участі в конкурсі покупець подає до комісії план приватизації. Конкурс відбувається у 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

¹ Відомості Верховної Ради України. – 1992. – № 10. – Ст. 139.

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. Укладений договір підлягає нотаріальному посвідченню та реєстрації.

Нарешті, слід розглянути питання щодо вирішення переддоговірних спорів між сторонами, тобто розбіжностей, які виникли між ними при укладенні договору.

У випадках укладення договору в загальному порядку наявність розбіжностей між сторонами свідчить про недосягнення ними згоди щодо істотних умов договору. Тому такий договір вважається неукладеним. Розгляд цих розбіжностей судом може мати місце лише за згодою сторін та у випадках, встановлених законом (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 у інших випадках, встановлених законом, вирішуються судом (ч. 2 ст. 649 ЦК).

§ 6. Зміна та розірвання цивільно-правового договору

Укладений сторонами договір може бути змінений або розірваний. **Зміна договору** – це зміна умов, на яких він укладений. Ці зміни можуть стосуватися умов щодо предмета, місця та строків виконання договору тощо. У разі зміни договору змінюється і зобов'язання, ним породжене, змістом якого виступають права та обов'язки сторін. **Розірвання договору** – це припинення зобов'язання, ним породжене, у повному обсязі.

За загальним правилом, закріпленим у ч. 1 ст. 651 ЦК, підставою для зміни або розірвання договору є згода сторін. Це пов'язано з тим, що договір з моменту його вчинення є обов'язковим для виконання сторонами (ст. 629 ЦК). Слід мати на увазі, що згоди сторін на зміну або розірвання договору може бути недостатньо, якщо він був укладений на користь третьої особи, яка виразила намір скористатися правом, наданим їй за таким договором. Для зміни або розірвання вказаного договору потрібна ще й згода третьої особи, якщо інше не встановлено договором або законом (ч. 3 ст. 636 ЦК). **Розірвання або зміна договору з інших підстав може мати місце, якщо це встановлено договором чи законом. Цивільний кодекс безпосередньо передбачає можливість зміни або розірвання договору за рішенням суду на вимогу однієї із сторін (ч. 2 ст. 651 ЦК) та у разі односторонньої відмови від договору (ч. 3 ст. 651 ЦК).**

Зміна або розірвання договору за рішенням суду на вимогу однієї із сторін може мати місце у разі істотного порушення договору другою стороною та в інших випадках, встановлених договором або законом.

Істотним є таке порушення договору його стороною, при якому друга сторона, внаслідок завданої їй цим порушенням шкоди, значною мірою позбавляється того, на що вона розраховувала при укладенні договору. Таке може мати місце, наприклад, при порушенні боржником умови щодо строку виконання зобов'язання з постачання комплектуючих. Адже це унеможливує, у свою чергу, своєчасне виконання зобов'язання кредитором, який є боржником іншого зобов'язання (з реалізації готової продукції, виробленої з використанням комплектуючих), і значною мірою позбавляє його можливості одержання сум виторгу, на яку він розраховував при укладенні договору про постачання комплектуючих.

Одностороння відмова від договору може мати місце тільки у випадках, коли право на таку відмову встановлено договором чи законом. Слід мати на увазі те, що повна або часткова відмова від договору здійснюється **за рішенням сторони без її звернення до суду** і тягне за собою, відповідно, його розірвання чи зміну. Наприклад, банк може відмовитися від договору банківського рахунка та закрити рахунок клієнта у разі відсутності операцій за рахунком клієнта протягом трьох років підряд і відсутності залишку грошових коштів на ньому (ч. 4 ст. 1075 ЦК).

Спеціальні правила передбачені у ст. 652 ЦК щодо зміни або розірвання договору в зв'язку з істотною зміною обставин, якими сторони керувалися при його укладенні. Слід підкреслити, що істотна зміна зазначених обставин тільки тоді є підставою для зміни або розірвання договору, якщо інше не встановлено договором або не впливає із суті зобов'язання. Так, не є підставою для зміни чи розірвання договору страхування за вимогою страховика поширеність у певній місцевості випадків, які становлять страховий випадок за договором. Це пов'язано з тим, що із самої суті страхування впливає: він укладається на випадок виникнення вірогідних, але непередбачуваних подій, які складають страховий випадок.

Зміна обставин є істотною, якщо вони змінилися настільки, коли сторони могли б це передбачити, вони не уклали б договір або уклали б його на інших умовах. Отже, можна стверджувати: по-перше, зазначені обставини носять зовнішній характер, а, по-друге, їх виникнення не призводить до неможливості виконання договору, а робить його вкрай не вигідним для однієї із сторін через порушення певного балансу інтересів. Саме цим істотна зміна обставин сторін відрізняється від непереборної сили, яка унеможливує виконання договору і є підставою для звільнення сторони від відповідальності за його невиконання. Введення у ЦК такої нової і самостійної підстави для зміни або розірвання договору пов'язане саме з необхідністю відновлення балансу інтересів його сторін. Саме тому ЦК виходить з того, що сторони у такій ситуації мають докласти зусиль для відновлення балансу інтересів шляхом досягнення згоди щодо зміни договору (приведення його у відповідність з обставинами, які істотно змінилися) або його розірвання. У разі, якщо сторони не зможуть досягти зго-

ди, договір може бути розірваний, а у виняткових випадках – змінений судом на вимогу заінтересованої сторони. Зміна договору судом має місце, якщо розірвання договору суперечить суспільним інтересам або потягне для сторін шкоду, що значно перевищує затрати, необхідні для виконання договору на умовах, змінених судом. При цьому суд повинен встановити наявність сукупності наступних умов. По-перше, сторони у момент укладення договору виходили з того, що така зміна обставин не настане. По-друге, зміна обставин зумовлена причинами, котрі заінтересована сторона не могла усунути після їх виникнення за всієї турботливості та обачності, які від неї вимагалася. По-третє, виконання договору порушило б співвідношення майнових інтересів сторін і позбавило б заінтересовану сторону того, на що вона розраховувала при укладенні договору. Далі. Із суті договору або звичаїв ділового обороту не впливає, що ризик зміни обставин несе заінтересована сторона договору. Відсутність хоча б однієї з наведених умов є підставою для відмови судом у розірванні або зміні договору.

Розглядаючи питання про правові наслідки зміни або розірвання договору, слід мати на увазі наступне.

Якщо зміна або розірвання договору відбувається за згодою сторін, він вважається зміненим або розірваним з моменту досягнення домовленості про це, коли інше не встановлено договором чи не обумовлено характером його зміни (ч. 3 ст. 653 ЦК). За загальним правилом зміна або розірвання договору має вчинятися у такій же формі, що й договору, який змінюється чи розривається. Виняток з цього може бути встановлено договором або законом чи впливати із звичаїв ділового обороту (ст. 654 ЦК).

Якщо ж зміна чи розірвання договору відбувається у судовому порядку, останній вважається зміненим або розірваним з моменту набрання рішенням суду законної сили (ч. 3 ст. 653 ЦК).

Якщо розірвання договору відбувається у разі односторонньої відмови від нього, останній вважається розірваним з моменту одержання іншою стороною повідомлення про відмову від договору.

Отже, в усіх випадках рішення про зміну або розірвання договору діє на майбутнє, а тому сторони не мають права вимагати повернення того, що було виконане ними за зобов'язанням, до моменту зміни чи розірвання договору, якщо інше не встановлено договором або законом (ч. 4 ст. 653 ЦК).

Цивільний кодекс передбачає майнові наслідки зміни чи розірвання договору залежно від того, на якій підставі це відбулося. Якщо договір був змінений або розірваний у зв'язку з істотним його порушенням однією із сторін, друга – може вимагати відшкодування збитків, завданих такою зміною чи розірванням (ч. 5 ст. 653 ЦК). У разі розірвання договору внаслідок істотної зміни обставин, суд на вимогу будь-якої із сторін визначає наслідки, виходячи з необхідності справедливого розподілу між сторонами витрат, понесених ними у зв'язку з виконанням цього договору.

Розділ ІХ. Zobov'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 zobov'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 нерухомості¹, а лише встановлює для укладення таких договорів спеціальну форму (ст. 657), роблячи посилання на те, що особливості договору купівлі-продажу окремих видів майна можуть встановлюватися законом (ч. 5 ст. 656). Незважаючи на це, вважаємо, що нотаріальне посвідчення та державна реєстрація правочинів з нерухомістю, реєстрація прав на нерухомість (ч. 2 ст. 182 ЦК) 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 видів². З огляду на це вважається непослідовною позиція 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»³, Інструкція про

¹ Як це робить, наприклад, законодавець РФ (§ 7 глави 30 ЦКРФ).

² Вказану точку зору поділяють окремі правники. див.: *Бойко О. О.* Цивільне право України. 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-е вид., допов. і перероб. – К.: Юрінком Інтер, 2004. – Кн.2. – С. 45).

³ ВВР України. – 1993 – № 39. – Ст. 38; 1998. – № 35. – Ст. 241; 2000. – № 32. – Ст. 257; 2000. – № 50. (На сьогодні діє в ред. від 18 листопада 2003 р.).

порядок вчинення нотаріальних дій нотаріусами України (від 3 березня 2004 р.) (далі – Інструкція), зайвий раз свідчить про те, що існують певні відмінності стосовно укладення договорів 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 договір купівлі-продажу (§ 1), які рівною мірою поширюються на всі види даного договору, і поряд з тим – параграфи, присвячені окремим його видам: роздрібній купівлі-продажу (§ 2), включаючи такі її форми, як продаж товару за зразками, з використанням автоматів тощо; поставці (§ 3); контракції сільськогосподарської продукції (§ 4); постачанню енергетичними на 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 поставку продукції для державних потреб» від 22 грудня 1995 р.).

У ряді випадків ЦК допускає можливість субсидіарного застосування до окремих видів договору купівлі-продажу правил, які регулюють окремі види договору купівлі-продажу. Так, до договору контракції 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 встановлено і до договору постачання енергетичними та іншими ресурсами через приєднану мережу (ч. 2 ст. 714 ЦК), а також до договору міні (ст. 716 ЦК). Але це не свідчить, як слушно зазначав В. В. Вітрянський, про появу поряд з видами договору купівлі-продажу ще й його підвидів, бо це лише прийом законодавчої техніки¹.

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 договору купівлі-продажу, зокрема Закон України «Про захист прав споживачів», інші ж – лише на окремі їх види².

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).

¹ Див.: Гражданское право: В 2 т. – Том II; Полутом 1: Учеб. / Отв. ред. проф. Е. А. Суханов. – 2-е изд., перераб. и доп. – М.: Изд-во БЕК, 2000. – С. 206.

² Доклад. про це див. наступні параграфи даної глави підручника.

Виходячи з цього визначення, договір купівлі-продажу має наступні 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, в грошовій формі, за винятком договору міни, де застосовується товарна форма. Між тим і в договорі міни 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, двосторонньо-взаємним (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, а якщо зміст договору не дає можливості визначити цей строк – відповідно до положень ст. 530 ЦК¹ (ст. 663 ЦК).

Реальним договір вважають тоді, коли передача майна (товару) продавцем покупцеві слугує передумовою укладення цього договору.

Оплатним договір купівлі-продажу вважають тому, що майновому наданню продавця відповідає зустрічне грошове задоволення за отриманий товар з боку покупця.

Двосторонньо-взаємним 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. 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.

¹ Доклад. див. § 3 глави 31 цього підручника.

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, бо 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 в 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 знаходиться в жорсткій залежності від вартості переданого у власність майна, а самі виплати можуть здійснюватися не тільки в грошовій, а й у 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*, *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 договору купівлі-продажу, або з особливостей правового статусу самого 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 товару¹; 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 законом² (наприклад, таке право передбачено абз. 2 ч. 3 ст. 337 ЦК; ч. 5 ст. 853 ЦК; ч. 4 ст. 972 ЦК тощо). Привертає увагу, що відповідно до ч. 2 ст. 690 ЦК таке право надане і покупцю (одержувачу), якщо він відмовився від прийняття товару, переданого продавцем, повідомив останнього про це, а той не розпорядився товаром у розумний строк. У всіх цих випадках покупець набуває права власності, 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 майбутньому³ за умови, що продавець стане власником цього товару на момент його передачі покупцеві;

– *майнові права*⁴. В цьому випадку до договору застосовуються загальні положення про купівлю-продаж, якщо інше не впливає зі змісту або характеру даних прав;

– *право вимоги*, якщо вимога не має особистого характеру. До такого договору застосовуються положення про відступлення права ви-

¹ Див.: Закон України «Про виконавче провадження» від 21 квітня 1999 р. // ВВР України. – 1999. – № 24. – Ст. 207 (зі змінами і допов.); Положення про порядок проведення аукціонів (публічних торгів) з реалізації заставленого майна, затверджено постановою КМУ від 22 грудня 1997 р. (зі змінами // Офіційний вісник України. – 1998. – № 33. – Ст. 1239); Порядок обліку, зберігання, оцінки конфіскованого майна, що переходить у власність держави, і розпорядження ним, затверджено постановою КМУ від 25 серпня 1998 р. // Офіційний вісник України. – 1998. – № 34. Ст. 1280 тощо.

² В даному випадку не йдеться про примусове відчуження майна.

³ Можливість продажу майбутнього врожаю, ненародженої худоби була відома ще римському праву (див.: Підпригора О. А., Харитонов Є. О. Римське право. – К.: Юрінком Інтер. 2003. – С. 389–390).

⁴ Можливість продажу майнових прав також передбачалась римським правом (див.: Підпригора О. А., Харитонов Є. О. Вказ. праця).

моги, якщо інше не встановлено договором або законом (чч. 1, 2, 3 ст. 656 ЦК)¹.

Аналіз новел щодо включення в предмет договору майнових прав і прав вимоги, а також наукової літератури з цього питання дає можливість дійти висновку, що це навряд чи зніме проблему, яка завжди була і залишається дискусійною в науковій літературі². На сьогодні існує декілька точок зору стосовно цієї проблеми, які умовно можна поділити на негативні й позитивні. Одні правники допускають можливість застосування до продажу майнових прав положень інституту купівлі-продажу, хоча й вказують на різну спрямованість цих відносин³, інші ж взагалі, виходячи з того, що майнові права не можуть бути об'єктом права власності, вказують на сумнівність такого підходу⁴, вважаючи його юридично некоректним⁵. 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 вірно зазначав Г. Ф. Шершеневич, купівля-продаж майнових прав втрачає свої відмінні риси, злившись з відступленням прав за зобов'язанням, а з точки зору точного

¹ Слід зазначити, що існує й інша точка зору стосовно предмета договору купівлі-продажу. Зокрема, В. В. Вітрянський вважає, що предметом цього договору є дії продавця щодо передачі товару у власність покупця і, відповідно, дії покупця стосовно прийняття даного товару (див.: Брагинский М. И., Витрянский В. В. Договорное право. – Кн. 2: Договоры о передаче имущества. – 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., Витрянский В. В. Договорное право: Общие положения. – М., 1997. – С. 224).

² Див., напр.: *Гримм Д. Д.* К учению об объектах прав // Вестник права. – 1905. – № 8; *Шершеневич Г. Ф.* Курс гражданского права. – Тула: Автограф, 2001. – С. 414; *Мейер Д. И.* Русское гражданское право: В 2-х частях. – М.: Статут, 2000. – С. 577; *Туктаров Ю. Е.* Имущественные права как объекты гражданско-правового оборота // Актуальные проблемы гражданского права: Сб. статей. – Вып. 6 / Под ред. О. Ю. Шилохоста. – М.: Издательство НОРМА, 2003. – С. 101–136; *Романец Ю. В.* Система договоров в гражданском праве России. – М.: Юрист, 2001. – С. 259; *Белов В. А.* Гражданское право: Общая и Особенная части: Учеб. – М.: АО «Центр ЮрИнфоР», 2003. – С. 199 тощо.

³ Див.: *Романец Ю. В.* Вказ. праця. – С. 259; *Гражданское право: В 2 т. – Том II; Полутом 1: Учеб. / Отв. ред. проф. Е. А. Суханов. – 2-е изд., перераб. и доп. – М.: Издательство БЕК, 2000. – С. 208.*

⁴ Див.: *Белов В. А.* Вказ. праця. – С. 199.

⁵ Див.: *Цивільне право України: 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-е вид., допов. і перероб. – К.: Юрінком Інтер, 2004. – Кн. 2. – С. 14.*

поняття, пов'язаного з відомими наслідками, стає невизначеним поняттям, що дає мало переваг¹. 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 прав².

Звертає на себе увагу те, що законодавець використовує для визначення предмета договору терміни «майно» та «товар» як тотожні поняття, підкреслюючи, таким чином, 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). Види товарів, вилучених з обороту, товарів, які можуть належати лише певним учасникам обороту, або обмежено оборотоздатних товарів, встановлюються законом³.

Повертаючись до питання про виокремлення такого виду договору як купівля-продаж нерухомості, слід зазначити, що це пов'язано, перш за все, з такими властивостями нерухомого майна як його *неподільність* (ч. 2 ст. 183 ЦК), *непоживність* (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 біржах⁴, 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 майно⁵, а в сільській місцевості – довідку

¹ Див. *Його*: Учебник русского гражданского права (по изданию 1907 г.). – М., 1995, С. 317.

² Таку точку зору поділяють й інші правники. (див.: *Белов В. А.* Вказ. праця. – С. 199).

³ Див.: Постанову Верховної Ради України «Про право власності на окремі види майна» від 17 червня 1991 р. (з наступ. змінами та допов.) 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 (додаток № 1, додаток № 2) // ВВР України. – 1992. – № 35. – Ст. 517.

⁴ Див. Закон України «Про товарну біржу» // ВВР України. – 1992. – № 10. – Ст. 139.

⁵ Див.: Наказ Міністерства юстиції України від 20 вересня 2002 р. № 84/5 «Про надання витягів з Реєстру прав власності на нерухоме майно та оформлення свідочств про право власності на нерухоме майно на спеціальних бланках» // Офіційний вісник України. – 2002. – № 40. – Ст. 1881.

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 і, навпаки, зведення господарських, побутових будівель та споруд, а також як 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, коли 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 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).

Нерухомістю визнається і підприємство як єдиний майновий комплекс (ч. 1 ст. 191 ЦК). Згідно з ч. 4 ст. 191 ЦК підприємство або його частина можуть бути об'єктом купівлі-продажу. Причому такий договір слід розглядати як різновид договору купівлі-продажу нерухомості саме за своїм предметом, бо підприємство – це не лише єдиний майновий комплекс, а комплекс, який використовується для здійснення підприємницької діяльності і включає в себе не тільки усі види майна, призначені для його діяльності, і які можуть передаватися у власність – земельні ділянки, будівлі, споруди, устаткування, інвентар, сировину, продукцію, а й виключні права, зокрема право на торговельну марку або інше позначення, зобов'язальні права, а також інші права, якщо інше не встановлено договором або законом. Саме як таке підприємство визнається нерухомістю. Це певним чином відбивається на специфічності відносин з купівлі-продажу даного виду нерухомості.

Купівля-продаж підприємств стала широко застосовуватися на

практиці, починаючи ще з часів приватизації державного майна. Закон України «Про приватизацію державного майна» від 4 березня 1992 р. під приватизацією розумів відчуження майна, що перебуває у державній власності, і майна, яке належить Автономній Республіці Крим, на користь фізичних та юридичних осіб, котрі можуть бути покупцями відповідно до цього Закону. Характерною особливістю договорів купівлі-продажу підприємств було те, що підприємство не ліквідувалося, а переходило у власність покупця, водночас будучи і суб'єктом, і об'єктом права. Виходячи з того, що купівля-продаж у процесі приватизації – це особливий вид правочинів, правове регулювання їх відбувалося і на сьогодні відбувається на підставі законодавства про приватизацію. Між тим, якщо купівля-продаж підприємства або його частини відбувається, наприклад, між суб'єктами права приватної власності, навряд чи виправданим є застосування цього законодавства.

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 досягнута згода (ст. 638 ЦК).

Для договору купівлі-продажу істотною умовою завжди є *предмет (його найменування) та кількість товару*¹. 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 ви-

¹ Між тим для таких видів договорів купівлі-продажу, як продаж підприємства, кількість не є істотною умовою.

конання 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.

Вбачається, що 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 договору¹, 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 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. 695 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), попередня оплата товару (ст. 693 ЦК). Крім цього, як вже зазначалося, договором купів-

¹ 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: Підручник: Т. 2. / За ред. О. В. Дзери, Н. С. Кузнецової. – 2-е вид., допов. і перероб. – К.: Юрінком Інтер, 2004. – С. 17; Цивільне право України. Академічний курс: Підруч.: Т. 2. Особлива частина / За заг. ред. Я. М. Шевченко. – К.: Концерн «Видавничий Дім «Ін Юре», 2003. – С. 16; Цивільний кодекс України: Коментар. – Харків: ТОВ «Одісей», 2003. – С. 485.

лі-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 в кредит, не є підставою для проведення перерахунку, 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 в 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 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 покупця, 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 в письмовій, так і в усній формі, хоча ст. 657 ЦК встановлює і виняток з цього стосовно форми договорів купівлі-продажу земельної ділянки, єдиного майнового комплексу, житлового будинку (квартири) або іншого нерухомого майна. Всі 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 товар покупець має право відмовитися від договору або, якщо не передається річ, визначена 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, що права на річ, власником якої є продавець, належать й іншим особам, зокрема наймачеві, заставодержателю. Причому 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 управомоченою 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 разі наступної зміни їх власника (ч. 2 ст. 1238 ЦК). Таким чином, у всіх ви-

падках слідування за товаром прав третіх осіб на нього обмежується можливість покупця на 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 в тому, щоб його володіння, користування та розпорядження 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 зазначатися 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 разі продажу житла, яке 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* (пробування, аналіз, огляд), 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 власності на товар визначається за загальними правилами набуття права власності за договором, які передбачені ст. 334 ЦК.

Відомо, що відповідно до ст. 323 ЦК ризик випадкового знищення та випадкового пошкодження майна несе його власник, якщо інше не встановлено договором або законом. 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.

Обов'язок продавця передати товар покупцеві визначається ст. 664 ЦК і залежить від місця виконання зобов'язання. Якщо місцем виконання є місце знаходження (місце проживання) покупця або інше вказане ним місце і доставка товару повинна здійснюватися продавцем, моментом виконання обов'язку покупця вважається вручення товару покупцеві.

Якщо обов'язок продавця виконується за місцезнаходженням товару, то останній вважається переданим у момент надання його в розпорядження покупця.

При цьому товар вважається наданим у розпорядження покупця, якщо у строк, встановлений у договорі, він: готовий до передання покупцеві у належному місці; покупець поінформований про це; товар відповідним чином ідентифікований для цілей договору, зокрема шляхом маркування.

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 випадку 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. В 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 розстрочку¹ (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; 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. В 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.

Відповідно до ч. 1 ст. 660 ЦК 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 товару. При цьому покупець зобов'язаний не тільки повідомити про вказане продавця, а й подати клопотання про залучення останнього до участі у справі.

¹ Затверджені постановою Кабінету Міністрів України від 1 липня 1998 р. № 997.
// Бюлетень законодавства і юридичної практики України. – 2002. – № 11. – С. 115.

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 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 роздрібною 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 роздрібною 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 з 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 авто-

матів; 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)¹, а також отримати торговий патент².

Між тим ст.86 ЦК встановила правило, відповідно до якого підприємницькі товариства і установи можуть поряд із 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-продажу³. Однак вказане не узгоджується з кваліфікуванням договору роздрібної купівлі-продажу як публічного договору (ч. 2 ст. 698 ЦК), у якому однією із 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, що 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 врегу-

¹ Див.: Закон України «Про ліцензування певних видів господарської діяльності» від 1 червня 2000 р. (з наступними змінами // Відомості Верховної Ради України. – 2000. – № 36. – Ст. 299.

² Див.: Закон України «Про патентування деяких видів підприємницької діяльності» від 23 березня 1996 р. (з наступ. змінами // Відомості Верховної Ради України. – 1996. – № 20. – Ст. 82.

³ Елисеєв И. В. Купля-продажа. Мена: Гражданское право; Учеб. – Ч. 2 / Под. ред. А. П. Сергеева, Ю.К. Толстого. – М.: Проспект, 1997. – С. 19; Е.Е. Богданова. Договор купли-продажи. Защита прав и интересов сторон. – М.: Приор-издат, 2003. – С. 47.

льованих ЦК, законодавства про захист прав споживачів (ч. 3 ст. 698 ЦК)¹.

Ідея захисту прав споживачів не є новою. Вона з'явилася в Європі наприкінці XIX ст., сформувавшись в суспільно-політичний рух – консюмеризм, але знайшла втілення у законодавстві капіталістичних країн лише в 60-х рр. XX ст.².

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 компетенції, 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 роздрібно-ї 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, Порядок заняття торговельною діяльністю і правила торговельного обслуговування населення³, Правила торгівлі на ринках⁴, Правила продажу продовольчих товарів⁵, Правила продажу непродовольчих товарів⁶; а також стосуються окремих видів договорів роздрібно-ї купівлі-продажу та правил продажу окремих товарів (наприклад, Пра-

¹ Законодавство України про захист прав споживачів складається із Закону України «Про захист прав споживачів» від 12 травня 1991 р. (з наступ. змінами) // ВВР України. – 1991. – № 30. – Ст. 379; та інших актів законодавства, що видаються відповідно до цього Закону (ст. 1 Закону).

² *Святоць Ю. И.* Защита потребителя в буржуазном праве // Сов. гос. и право. – 1989. – № 11. – С. 126.

³ Затверджений 8 лютого 1995 р. // Бюлетень законодавства і юридичної практики України. – 2002. – № 11: Торговельна діяльність в Україні. – С. 93.

⁴ Затверджені 26 лютого 2002 р. // Там само. – С. 152.

⁵ Затверджені 3 липня 1995 р. // Там само. – С. 231.

⁶ Затверджені 27 травня 1996 р. // Там само. – С. 292.

вила продажу товарів поштою¹, Правила роздрібної торгівлі алкогольними напоями², Правила роздрібної торгівлі тютюновими виробами³, Порядок гарантійного ремонту (обслуговування) або гарантійної заміни технічно-складних побутових товарів⁴).

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.

До особливостей цього договору, як вже йшлося раніше, 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.

Вважаємо, що характерною ознакою, яка дає можливість виокремити роздрібну торгівлю-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 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 у 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). У 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

¹ Затверджені наказом Мінзовнішекономторгу України та Державного комітету зв'язку України від 17 березня 1999 р. // Там само. – С. 120.

² Затверджені постановою КМУ від 30 липня 1996 р. // Там само. – С. 282.

³ Затверджені наказом Міністерства економіки та з питань європейської інтеграції України від 24 липня 2002 р. // Там само. – С. 288.

⁴ Затверджені постановою КМУ від 1 липня 1998 р. і діють з наступ. змінами (див.: Бюлетень законодавства і юридичної практики України. – 2002. – № 11. – С. 115.

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 необґрунтованої 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 у обсязі, який формує у покупця чітке уявлення про властивості і споживчу якість товару. *Достовірна інформація* – відповідність дійсності відомостей стосовно товару, що міститься у інформації.

ЦК надає право покупцеві до укладення договору оглянути товар, який він бажає придбати, вимагати проведення перевірки у 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 най-

менування та адресу (або місцезнаходження), а також найменування і місцезнаходження товариства, яке здійснює його функції щодо прийняття претензії 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)¹. 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 продажі 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 покупець не надано можливості негайно одержати повну і достовірну інформацію про товар у місці його продажу, він має право вимагати відшкодування збитків, завданих необґрунтованим ухиленням від укладення договору, а якщо договір укладено, – в 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,

¹ Затверджені постановою Кабінету Міністрів України від 4 листопада 1997 р. № 1209 (діють у ред. постанови Кабінету Міністрів України від 24 березня 2004 р. № 369 // Урядовий кур'єр. – 2004 р. – № 81. – 29 квіт.

несе відповідальність за його 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 конклюдентних дій. За правилом він укладається в усній формі, бо його виконання відбувається одночасно із 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.

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 котрі спрямовуються 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 з 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 укладе-

но 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 відмітити, 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 розстрочку¹ передача у розпорядження покупцеві товарів здійснюється за умови внесення першого внеску (завдатку) в 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 роз-

¹ Затверджені постановою КМУ від 1 липня 1998 р. і діють з наст. змінами (див.: Бюлетень законодавства і юридичної практики України. – 2002. – № 11. – С. 115).

строчки. 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 (ст. 692, ст. 706 ЦК). Відповідно, продавець має право вимагати від покупця прийняття товару і сплати певної суми (ст. 706 ЦК).

На прикладі договору роздрібною купівлі-продажу чітко простежується характерна особливість активного втручання законодавця у відносини, що складаються між виробниками, продавцями і споживачами. Їх 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 невідворотньо 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 захисту¹.

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 належної якості², 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.

¹ Вперше на необхідність цього звернув увагу ще *Свядосц Ю. І.* (див. вказ. його праць).

² Поділяємо точку зору тих правників, що в даному випадку була допущена технічна помилка. Законодавець мав на увазі саме товар належної якості, який тільки і можна обміняти за бажанням покупця. Відносини, що виникають при продажі покупцеві товару неналежної якості, закріплюють право останнього *вимагати* заміни товару на аналогічний товар належної якості. Терміни «обмін» і «заміна» не є тотожними.

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)¹.

По-третє, нормативно-правовими актами встановлюється перелік товарів, які не підлягають обміну або поверненню на підставах, передбачених цією статтею². Не підлягають обміну, зокрема – лікарські препарати та засоби предметів санітарної гігієни, світлочутливі товари, корсетні товари, парфумерно-косметичні товари, дитячі іграшки (м'які, гумові), сурдини (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.

Почуєць 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 наступних:

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

¹ ЦК РФ дозволяє при відсутності у покупця відповідних документів посилатися на показання свідків (ст. 493).

² Цей перелік затверджено постановою КМУ від 19 березня 1994 р. // Зібрання постанов уряду. – 1994. – № 7. – Ст. 173.

на свій розсуд або продавцю за місцем продажу товару, або виготовлювачу товару, а відповідно до ст. 14 Закону не тільки їм, а також і підприємству, 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 те, 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 гроші¹.

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 питання².

§ 3. Поставка

Одним з 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

¹ Див., напр.: Правила роздрібною торгівлі картоплею та плодоовочевою продукцією. Затверджені наказом Міністерства зовнішніх економічних зв'язків і торгівлі України від 8 липня 1997 р. № 344 (п. 21) // Бюлетень законодавства і юридичної практики України. – 2002. – № 11. – С. 274.

² Більш доклад. про це див. § 11 глави 68 даного підручника.

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 у законодавстві поставка визначалася як самостійний тип договору, який поряд з купівлею-продажем та деякими іншими договорами належав до типу договорів, що опосередковують правовідносини з переходу права власності від однієї особи до іншої. Однак економічні відносини, що у ті часи склалися 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-продажу¹.

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 іншого – цей договір має специфічні характеристики, що дозволяє виділити його в окремий різновид купівлі-продажу.

За договором поставки продавець (постачальник), який здійснює підприємницьку діяльність, зобов'язується передати у встановлений строк (строки) товар у власність покупця для використання його у підприємницькій діяльності або у інших цілях, не пов'язаних з особистим, сімейним, домашнім або іншим подібним використанням, а покупець зобов'язується прийняти товар і сплатити за нього певну грошову 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 у § 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 По-

¹ *Иоффе О. С.* Избранные труды: В 4 т. – Т. III. Обязательственное право. – СПб.: Изд-во «Юридический центр Пресс», 2004. – С. 267.

станови Верховної Ради України від 12 вересня 1991 р. «Про порядок тимчасової дії на території України окремих актів законодавства Союзу РСР»¹. Серед таких документів, зокрема Положення про поставку продукції виробничо-технічного призначення затверджене постановою Ради Міністрів СРСР від 25 липня 1988 р. № 888², крім д. 69; Положення про поставку товарів народного споживання затверджене постановою Ради Міністрів СРСР від 25 липня 1988 р. № 888³, крім п. 60; Інструкція про порядок приймання продукції виробничо-технічного призначення і товарів народного споживання за кількістю затверджена постановою Держарбітражу при Раді Міністрів СРСР від 15 червня 1965 р. № П-6;⁴ Інструкція про порядок приймання продукції виробничо-технічного призначення і товарів народного споживання за якістю затверджена постановою Держарбітражу при Раді Міністрів СРСР від 25 квітня 1966 р.⁵.

Законом можуть бути передбачені особливості регулювання укладення та виконання договорів поставки. Зокрема, поставка продукції для державних потреб регулюється законами України «Про поставку продукції для державних потреб» від 22 грудня 1995 р.⁶, «Про закупівлю товарів, робіт і послуг за державні кошти» від 22 лютого 2000 р.⁷. Закупка товарів для потреб оборони і національної безпеки України регулюється Законом України «Про державне оборонне замовлення» від 3 березня 1999 р.⁸. 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 березня 1992 р.⁹, Положенням про порядок поставок і митного оформлення продукції за виробничою кооперацією підприємств і галузей держав-учасниць СНД затвердженим постановою КМУ № 323 від 18 травня 1994 р.¹⁰.

Основною специфічною ознакою поставки, що робить її 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.

1 Відомості Верховної Ради УРСР. – 1991. – № 46. – Ст. 621.

2 СП СССР. – 1988. – № 24-25. – Ст. 70.

3 Там само.

4 Бюлетень нормативных актов министерств и ведомств СССР. – 1975. – № 12.

5 Там само.

6 Відомості Верховної Ради України. – 1996. – № 3. – Ст. 9.

7 Відомості Верховної Ради України. – 2000. – № 20. – Ст. 148.

8 Відомості Верховної Ради України. – 1999. – № 17. – Ст. 111.

9 Відомості Верховної Ради України. – 1993. – № 9. – Ст. 66.

10 Бюлетень законодавства і юридичної практики України. – 1998. – № 4. – С. 297.

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 не вилучені 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 предмет договору визначається розширено: вказується асортимент (номенклатура), якість, кількість, комплектність товару¹.

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 посилення 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 імпортих харчових продуктів, побутової електротехніки тощо). Такі сертифікати підтверджують відповідність товару вимогам, встановленим законом (ст. 674 ЦК). Сьогодні порядок визначення якості товару регулюється Декретом КМУ «Про стандартизацію і сертифікацію» від 10 травня 1993 р.², законами України «Про стандартизацію» від 17 травня 2001 р.³, та «Про підтвердження відпо-

¹ Більш дет. про асортимент, якість, комплектність та кількість предмета купівлі-продажу див. § 1 цієї глави підручника.

² Відомості Верховної Ради України. – 1993. – № 276. – Ст. 289.

³ Відомості Верховної Ради України. – 2001. – № 31. – Ст. 145.

відності» від 17 травня 2001 р.¹ 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, прейскурантів, умов договору або звичаїв ділового обороту.

Комплектність товару необхідно відрізнити від комплекту товару як певного набору товару в комплекті (ст. 683 ЦК).

Строки поставки. Розрізняють загальний строк поставки, який дорівнює строку дії самого договору, та окремі строки поставки певних партій товару, що звичайно оформляються 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 у Міжнародних правилах інтерпретації комерційних термінів² (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. № 567/94³ 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 держав-

¹ Відомості Верховної Ради України. – 2001. – № 32. – Ст. 169.

² Урядовий кур'єр. – 1994. – № 177–178. – Ст. 6.

³ Право і практика. – 2003. – № 30. – С. 11.

них фіксованих цін, граничних їх рівнів або граничних відхилень від державних фіксованих цін¹. Зокрема, державне регулювання цін на продукцію виробничо-технічного призначення і товари народного споживання здійснюється щодо суб'єктів природних монополій.

Зміст договору поставки складають 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).

§ 4. Договір контрактації сільськогосподарської продукції

Поняття договору контрактації. Забезпечення населення продовольством, а переробних підприємницьких товариств необхідною сировиною у значній мірі залежить від чітко 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 по мірі 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 закупають 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 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, консенсуаль-

¹ Про ціни і ціноутворення: Закон УРСР від 3 грудня 1990 р. // Відомості Верховної Ради УРСР. – 1990. – № 52. – Ст. 650.

ний. Сторонами у цьому договорі виступають виробник та заготівельник (контрактант) сільгосппродукції. В ролі виробника частіше за все виступають сільськогосподарські організації, тобто господарські товариства, виробничі кооперативи, селянські (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 наступного 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. Для того, 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 сільгосп-

продукції, взаємна майнова відповідальність сторін за порушення договору та інші умови, які сторони мають за необхідне 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 складання 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 місці знаходження заготівельника або у іншому зазначеному ним місці, заготівельник не має права відмовитися від прийняття продукції, якщо вона відповідає умовам договору і передана у зазначений в договорі 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 орієнтовні стартові закупівельні ціни. Останні індексуються у зв'язку з інфляційними процесами, що обов'язково обумовлюється 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, незданої 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 незданої їх кількості неможливе. Штраф за нездачу виробником продукції обчислюється, виходячи лише з вартості продукції, незданої 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 614, 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.

§ 5. Договір постачання енергетичними та іншими ресурсами через приєднану мережу

Людина з самих «перших днів» свого існування й формування деякої подоби суспільства мала потребу в споживанні природних ресурсів («дарунків природи») у найрізноманітніших їх формах. Потреба у теплі й світлі задовольнялася за допомогою придбання і наступного використання різних речей, підданих горінню – паливних матеріалів. Інтенсивний розвиток промисловості, початий у Європі в XVIII–XIX ст., що одержав виразну назву «промислової революції», посилення процесу урбанізації європейських і північноамериканських

держав зажадало від науки і техніки вирішення спектра проблем, пов'язаних з дефіцитом і дорожнечою традиційних у ту епоху джерел енергії, необхідністю забезпечення безперебійного постачання промисловості і населення спочатку тепловою, а потім і електричною енергією, газом. Науково-технічний геній Людини блискуче справився з поставленим завданням, у результаті чого практично неможливо представити нормальний розвиток світової економіки, і економіки України у тому числі, без галузі, що вже стала органічною її частиною – енергетики. Життя сучасної, «мінімально цивілізованої» людини, вже немислимо без електричних і електронних предметів та пристроїв, що забезпечують комфортні умови її проживання у найрізноманітніших кліматичних зонах, задоволення побутових потреб, доступ до систем комунікації й інформації. Послідовний і ритмічний розвиток промисловості та сфери обслуговування у даний час також неувябний без ефективного і безупинного енерго- і газопостачання, значення яких надзвичайно велике вже не тільки для нормальної життєдіяльності населення окремих держав, а й регіонів та континентів.

Непрямим підтвердженням викладеної вище тези є укладення 17 грудня 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 і Україна) є необхідною умовою економічного прогресу та – в більш ширшому 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 в галузі енергетики на основі взаємодоповнюваності і взаємної вигоди, відповідно до цілей і принципів Хартії у Лісабоні 17 грудня 1994 р. укладений Договір до названої 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, з'явилася можливість залучити їх до економічного обігу як товар. В свою чергу повсюдне використання електричної і теплової енергії, газу, нафти викликало до життя необхідність здійснення регламентації відносин із забезпечення енергією й іншими ресурсами через приєднану мережу. Вказану функцію виконує договір постачання енергетичними та іншими ресурсами через приєднану мережу.

Необхідно зазначити, що у ЦК УРСР 1963 р. були відсутні норми, присвячені договору постачання енергетичними та іншими ресурсами через приєднану мережу, а дуже поширені і складні правовідносини, пов'язані з подачею і споживанням енергетичних й інших ресурсів, у яких беруть участь практично всі суб'єкти цивільного права, регулювалися підзаконними нормативно-правовими актами. У новому ЦК відзначена вище 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 акти¹, а з огляду на те, що на ринку постачання окремих видів ресурсів функціонують природні монополії, то слід брати до уваги і деякі локальні правові акти, що прийняті зазначеними суб'єктами цивільного права².

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 (або-

¹ Див. напр.: Закон України «Про електроенергетику» від 16 жовтня 1997 р. № 575/97-ВР (із змінами і доп., внесеними законами України від 8 червня 2000 р. № 1812-III, від 22 червня 2000 р. № 1821-III, від 10 січня 2002 р. № 2921-III; 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 доп., внесеними Законом України від 30 червня 1999 р. № 783-XIV); Правила користування електричною енергією для населення, затв. постановою Кабінету Міністрів України від 26 липня 1999 р. № 1357 (із змінами, внесеними згідно з постановами КМУ № 1607 від 26 жовтня 2000 р., № 1275 від 26 вересня 2001 р.); Правила користування електричною енергією, затв. постановою Національної комісії регулювання електроенергетики України (далі – НКРЕ) від 31 липня 1996 р. № 28 (із змінами, внесеними згідно з постановами Нацкомелектроенергетики № 1196 від 14 вересня 1999 р., № 998 від 22 вересня 2000 р., № 1072 від 18 жовтня 2000 р., № 393 від 20 квітня 2001 р., № 983 від 27 вересня 2001 та постановами НКРЕ № 280 від 25 березня 2002 р., № 928 від 22 серпня 2002 р., № 1305 від 11 грудня 2003 р.); Положення про порядок реалізації електричної і теплової енергії, виробленої з давальницького палива, затв. постановою НКРЕ № 1212 від 16 вересня 1999 р.; Правила надання населенню послуг з газопостачання, затв. постановою Кабінету Міністрів України від 9 грудня 1999 р. № 2246 (із змінами, внесеними згідно з постановою КМУ № 644 від 8 червня 2001 р.); Правила подачі та використання природного газу в народному господарстві України, затв. наказом Державного комітету нафтової, газової та нафтопереробної промисловості України (далі – Держкомнафтогаз України) від 1 листопада 1994 р. № 355 (із змінами, внесеними згідно з наказами № 19 від 28 лютого 1995 р., № 115 від 20 вересня 1995 р., № 103 від 19 червня 1997 (державну реєстрацію останнього наказу скасовано на підставі висновку Міністерства юстиції України № 3/16 від 20 березня 2002 р.); Наказ Міністерства палива та енергетики України та Державного комітету України з питань житлово-комунального господарства від 21 січня 2003 р. № 18/12 «Про скасування спільного наказу Міненерго та Держбуду України «Про затвердження Правил користування тепловою енергією» від 28 жовтня 1999 р. № 307/262.

² Див. напр.: Порядок доступу до газотранспортної системи, затв. наказом національної акціонерної компанії (далі – НАК) «Нафтогаз України» від 26 березня 2001 р. № 79; Типовий договір про надання послуг з газопостачання підприємствам комунальної теплоенергетики, затв. наказом НАК «Нафтогаз України» № 75 від 18 березня 2002 р.

мент) зобов'язується оплачувати вартість прийнятих ресурсів та дотримуватись встановленого договором режиму їх 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. 2 ст. 24 Закону України «Про електроенергетику» від 16 жовтня 1997 р. *енергопостачальники, що здійснюють постачання електричної енергії на закріпленій території, не мають права відмовити споживачу, який розташований на ній, в укладенні договору на постачання електричної енергії*. Звідси аналіз вказаних вище 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 можна зробити в силу наступних 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*, 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 поставки, якщо інше не встановлено законом або не впливає із суті відносин сторін. Отже, правило про субсидіарне застосування до відносин з 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 ознак, наявність яких довгий час служила 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 наступне. Оскільки електричну енергію неможливо кваліфікувати як річ, то при її передачі споживачу поста-

чальник (електростанція) виконує роботу¹. Але змісту договору підряду притаманна низка прав і обов'язків, не властивих договору постачання енергетичними та іншими ресурсами через приєднану мережу, і які 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 у будь-який час перевіряти хід, якість і строки виконання робіт, не втручаючись в 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 з С. М. Корнеєвим, який стверджував, що енергія, як продукція відповідної галузі промисловості – енергетики, має економічні ознаки товару (собівартість, ціна); і саме у цій якості може бути об'єктом цивільних правовідносин, у тому числі й права власності².

В часи, коли у науці, а слідом за нею й у законодавстві договір постачання розглядався як самостійний, відмінний від купівлі-продажу, деякі автори 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, які ним опосередковуються, за основними правами і обов'язками сторін не має принципових відмінностей від договору постачання, у зв'язку з чим договір постачання енергії варто відносити до договірних типу постачання³. Однак як у минулу епоху, так і на сучасному етапі розвитку цивілістики, коли адміністративно-командна система і планова економіка витиснуті ринковими відносинами, «самостійність» договору постачання викликала сумнів і зазнала критики у науковій літературі. Позиція законодавця, що розмістив норми, присвячені поставці, у § 3 глави 54 «Купівля-продаж» ЦК, з даного питання недвозначна. Необхідно підкреслити також, що для договору постачання енергетичними та іншими ресурсами через приєднану мережу специфічний об'єкт відносин (енергетичні й інші ресурси) і спосіб подачі та споживання енергетичних та інших ресурсів є одними з найважливіших особливостей, що впливають також на зміст договірних відносин. Подібний об'єкт і спосіб виконання договірних обов'язків не властивий зобов'язанням, породженим договором постачання. І, нарешті, у спеціальній літературі

¹ Агарков М. М. Подряд: текст и комментарии к статьям 220–235 Гражданского кодекса. – М., 1924. – С. 13–14.

² Корнеев С. Юридическая природа договора энергоснабжения // Закон. – 1995. – № 7. – С. 118.

³ Сейнаровєв Б. М. Правовое регулирование снабжения электроэнергией социалистических предприятий и организаций. – М., 1971. – С. 18–19.

наводились істотні і достатні доводи на користь розмежування договору поставки і договору поставки енергетичними та іншими ресурсами через приєднану мережу¹.

Варто згадати ще про одну точку зору, прихильники котрої звертали увагу на особливості договору постачання енергетичними та іншими ресурсами через приєднану мережу, які, на їх погляд, роблять його якісно відмінним від всіх інших договорів і дозволяють визнати його самостійним, особливим видом договору в системі договорів цивільного права². Але і викладений вище погляд на правову природу договору постачання енергетичними та іншими ресурсами через приєднану мережу не знайшов широкої підтримки серед вчених, а з урахуванням змін, що відбулися в економіці, і розвитку науки цивільного права, був підданий аргументованій критиці³.

Найбільше поширення одержала позиція, відповідно до якої договір постачання енергетичними та іншими ресурсами через приєднану мережу, «будучи окремим видом договору купівлі-продажу, належить до нього як вид до роду»⁴. Зазначеного погляду на аналізований договір дотримується і вітчизняний законодавець, про що було згадано вище. 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 у абонента відповідних технічних засобів, що є технічними передумови укладення договору: а) власна мережа (газопроводи, нафтопроводи, теплопроводи, електропроводи тощо), приєднана до мережі постачальника; б) прилади обліку споживаних ресурсів, регулююча апаратура, перетворюючі пристрої (трансформаторні підстанції тощо); в) споживаючі установки й агрегати. Постачальник, крім того, вправі давати дозвіл на підключення технічних пристроїв абонента до своєї мережі і регулярно контролювати їх роботу протягом договірних відносин. *Постачальник також зобов'язаний мати технічне устаткування і засоби (приєднану мережу), необхідні для транспортування і подачі енергетичних й інших ресурсів абоненту.*

¹ Див. напр.: Корнеев С. М. Договор о снабжении электроэнергией между социалистическими организациями – М.: Госюриздат, 1956. – С. 96–102; Брагинский М. И., Витрянский В. В. Договорное право. Книга 2: договоры о передаче имущества. – М.: Статут, 2000. – С. 142–144.

² Див. напр.: Корнеев С. М. Вказ. праця. – С. 105; Шафир А. М. Энергоснабжение предприятий: правовые вопросы. – М., 1990. – С. 7.

³ Корнеев С. Юридическая природа договора энергоснабжения. – С. 119; Брагинский М. И., Витрянский В. В. Договорное право. Книга 2: договоры о передаче имущества. – С. 142–144.

⁴ Брагинский М. И., Витрянский В. В. Вказ. праця. – С. 144. Див. також: Демидова З. Договор энергоснабжения // Закон. – 2001. – № 11. – С. 24–28; Сейнаров Б. М. Договор энергоснабжения // Вестник ВАС РФ. – 2000. – № 6–7. – С. 128–141, 116–124; Корнеев С. Юридическая природа договора энергоснабжения. – С. 118–121.

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 у абонента була можливість одержувати їх у будь-який час.

По-третє, договір постачання енергетичними та іншими ресурсами через приєднану мережу породжує обов'язки абонента, не характерні для інших видів зобов'язань купівлі-продажу, а саме: дотримуватись 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, 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 у 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 напрямок), так і у сторону передавальної енергосистеми (в окремі періоди, передбачені договором)¹;

б) *договір на живлення енергосистем від блок-станцій* (електростанцій, що належать споживачеві, працюють в об'єднаній енергетичній системі України і підпорядковуються її диспетчерському управлінню)², 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 її³;

в) *договір про взаємне резервування електропостачання*, за яким два абоненти (промислових споживача) зобов'язуються забезпечити

¹ Сейнаров Б. М. Правовые вопросы договора на снабжение электроэнергией предприятий и организаций. – Алма-Ата, 1975. – С. 8–23.

² Див. напр.: абз. 7 п. 1.2. Правил користування електричною енергією, затверджених постановою НКРЕ від 31 липня 1996 р. № 28 (із змінами та доп.).

³ Сейнаров Б. М. Вказ. праця. – С. 24–25.

безперерйне живлення один одного електроенергією у випадку, якщо хто-небудь з них не зможе одержувати її через приєднану мережу від постачальника¹.

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 особа²), що здійснює постачання (продаж) енергетичних й інших ресурсів споживачам, який відповідно до пп. 18, 19, 21 ст. 9 Закону України «Про ліцензування певних видів господарської діяльності» від 1 червня 2000 р. та ст. 13 Закону України «Про електроенергетику» повинен мати ліцензію на здійснення даного виду діяльності.

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 й інших ресурсів³.

Правилами користування електричною енергією, затвердженими постановою Національної комісії регулювання електроенергетики України (далі – НКРЕ) від 31 липня 1996 р. № 28 (із змінами та доповненнями) передбачається можливість участі у відносинах з постачання електроенергії *субспоживачів*, до яких згідно з абз. 58 п. 1.2. вказаних Правил відносять «суб'єктів господарської діяльності–споживачів, яким електрична енергія постачається постачальником електричної енергії через мережі електропередавальних організацій та технологічні електричні мережі основного споживача, до мереж якого приєднані електроустановки суб'єкта господарської діяльності–споживача (субспоживача)». При цьому, відповідно до абз. 14 п. 1.2. і п. 1.5. вказаних вище 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 «угода двох сторін (основного споживача і субспоживача), що є документом певної форми, який встановлює зміст та регулює правовідносини між сторонами під час передачі електричної енергії технологічними мережами основного споживача*

¹ Шафир А. М. Вказ. праця. – С. 10.

² Слід зазначити, що у переважній частині нормативно-правових актів, які регулюють відносини з постачання енергетичними й іншими ресурсами, при визначенні постачальника мова йде про організацію, тобто юридичну особу. Однак аналіз зазначених правових актів не дозволяє знайти імперативні заборони укладати досліджувані договори фізичним особам у статусі постачальника.

³ Більш доклад. про згадані технічні засоби, що є технічними передумовами укладення договору постачання енергетичними та іншими ресурсами через приєднану мережу, див. вище.

для потреб субспоживача». Предметом останнього договору є технологічні електромережі основного споживача, а метою договору – надання субспоживачу права користування чужими електромережами.

Предметом договору постачання енергетичними та іншими ресурсами є: а) *енергетичні ресурси (енергія)* і б) *інші ресурси*.

Цивільно-правова природа енергії як об'єкта цивільних правовідносин викликала суперечки. Деякі дослідники стверджували, що «енергію неможливо віднести до таких об'єктів прав, як речі у значенні предметів матеріального світу»¹. Інші вчені безапеляційно визначали енергію як рухому, просту, ділену, споживану річ, визначену родовими ознаками². Погоджуючись з останньою позицією, пропонуємо деякі аргументи на її користь. Під енергією слід розуміти загальну кількісну міру різних форм руху матерії³, певну властивість матерії, що полягає у здатності здійснювати корисну роботу⁴. Якщо взяти до уваги, що у Всесвіті вся матерія перебуває у постійному русі, то можливо резюмувати: енергія – це форма матерії. А якщо врахувати усталене у цивілістиці уявлення про річ як предмет (об'єкт) матеріального світу, що має економічну форму товару⁵, то слушним буде висновок про те, що *енергія є специфічною споживаною річчю, визначеною родовими ознаками*.

Разом з тим, не зважаючи на викладену вище полеміку, у юридичній літературі енергія розглядається як економічне благо, котрому 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 у вигляді гарячої води чи пару, електроенергія – електричного струму.

Згідно зі 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 вказаного вище різновиду предмета аналізованого договору варто відносити *будь-які ресурси, що мають форму товару, передача і споживання*

¹ Корнеев С. Юридическая природа энергоснабжения. – С. 118; Див. також: Азарков М. М. Вказ. праця. – С. 13–14.

² Гражданское право: Учеб.: В 3-х т. – Изд. 2-е, перераб. и доп. / Под ред. А. П. Сергеева, Ю. К. Толстого. – М.: Проспект, 1999. – Т. 2. – С. 76.

³ Советский энциклопедический словарь / Науч.-ред. совет: А. М. Прохоров, М. С. Гиляров, Е. М. Жуков и др. – М.: Советская энциклопедия, 1980. – С. 1564.

⁴ Корнеев С. Юридическая природа договора энергоснабжения. – С. 118.

⁵ Див. напр.: Цивільне право України. Частина перша (Підруч. для студ. юрид. спец. вищих закладів освіти) / Ч. Н. Азімов, М. М. Сібільов, В. І. Борисова та ін.; За ред. проф. Ч. Н. Азімова, доц. С. Н. Приступи, В. М. Ігнатенка. – Харків: Право, 2000. – С. 115; Гражданское право: Учеб.: В 2 т. – Изд. 2-е, перераб. и доп. / Под ред. Е. А. Суханова. – М.: БЕК, 1998. – Т. 1. – С. 300; Гражданское право: Учеб.: В 3-х т. – Изд. 4-е, перераб. и доп. / Под ред. А. П. Сергеева, Ю. К. Толстого. – М.: Проспект, 1999. – Т. 1. – С. 219.

яких абонентом можливі за допомогою спеціальної приєднаної мережі (газ, нафта, вода тощо). Обороти ресурсів можливий і без використання приєднаної мережі (наприклад, нафта поставляється у цистернах, газ – у балонах, вода – у пляшках, електроенергія – в акумуляторах), але у такому випадку він буде регламентований положеннями договорів купівлі-продажу чи поставки.

На формування **ціни договору** постачання енергетичними та іншими ресурсами через приєднану мережу істотною мірою впливає той факт, що значна частина ринку постачань енергетичних й інших ресурсів перебуває в стані природної монополії. Відповідно до ч. 1 ст. 5, абз. 2 ст. 8 Закону України «Про природні монополії» від 20 квітня 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 термін може бути визначений у підзаконних нормативно-правових актах. Так, згідно з п. 28 Типового договору про користування електричною енергією, затвердженого постановою Кабінету Міністрів України «Про затвердження Правил користування електричною енергією для населення» від 26 липня 1999 р. № 1357 (із змінами та доповненнями), цей договір укладається на три роки. Підзаконні і локальні правові акти, що регулюють відносини з постачання енергетичних й 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 із сторін не буде заявлено про припинення дії або перегляд умов договору¹.

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.

¹ Див. напр.: п. 28 Типового договору про користування електричною енергією, затвердженого постановою Кабінету Міністрів України «Про затвердження Правил користування електричною енергією для населення» від 26 липня 1999 р. № 1357; п. 9.4. Типового договору про постачання електричної енергії, затвердженого постановою НКРЕ «Про затвердження Правил користування електричною енергією» від 31 липня 1996 р. № 28; п. 11 Типового договору про надання послуг з газопостачання підприємствам комунальної теплоенергетики, затвердженого наказом НАК «Нафтогаз України» № 75 від 18 березня 2002 р.

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, в яких повинна 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 й 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 1 листопада 1994 р. № 355 (із змінами та доповненнями), кількість природного газу, передбаченого для постачання, визначається договором у відповідності із затвердженими для газопостачальних, газозбутових організацій і споживачів річними та кварталними лімітами. Місячні ліміти постачання природного газу споживачам встановлюються на підставі кварталних лімітів, виходячи з середньодобової норми споживання природного газу. Кількість постачання природного газу комунально-побутовим споживачам, у тому числі для населення, у I, II і IV кварталах року встановлюється Кабінетом Міністрів України нерівномірно за місяцями з урахуванням ресурсів, кліматичних умов і пропускної спроможності газопроводів.

Згідно з п. 5.2. Правил користування електричною енергією, затверджених постановою НКРЕ від 31 липня 1996 р. № 28 (із змінами та доповненнями), відомості про обсяги очікуваного споживання електроенергії у наступному році з поквартальним розподілом подаються споживачами постачальнику електроенергії за регульованим тарифом у термін, обумовлений договором. На вимогу постачальника електроенергії за регульованим тарифом розмір очікуваного споживання електричної енергії визначається помісячно та (за необхідності) розкладається і вказується для кожного з територіально відокремлених об'єктів споживача.

Характерний для всіх інших різновидів договору купівлі-продажу обов'язок покупця прийняти товар не властивий 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 їм ресурсів не є порушенням договірних обов'язків та не дає постачальнику права стягнення з абонента плати за їх недобір¹. У свою чергу, постачальник зобов'язаний надати можливість абоненту одержувати ресурси з приєднаної мережі поста-

¹ Див. напр.: пп. 8.3 Правил подачі та використання природного газу в народному господарстві України, затверджених наказом Держкомнафтогазу України від 1 листопада 1994 р. № 355.

чальника. Енергетичні й інші ресурси вважаються переданими абоненту з моменту їх 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 якості¹. Якість енергетичних та інших ресурсів повинна відповідати державним стандартам та іншим нормативним документам. Державний нагляд за дотриманням вимог державних стандартів, інших нормативних актів щодо якості поданих ресурсів здійснюють органи Держстандарту України². Порядок визначення показників якості ресурсів обумовлюється сторонами в договорі. Якість енергетичних та інших ресурсів визначається методами, передбаченими державними стандартами та іншими нормативними актами, залежно від призначення їх використання. Засоби вимірювань, необхідні для визначення якісних характеристик ресурсів, повинні бути повірені у 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 має проводитися у 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 1 листопада 1994 р. № 355 (із змінами та доповненнями), газопостачальні і газозбутові організації повинні подавати споживачам природний газ рівномірно протягом місяця у 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 ресурсів)³.

¹ Якість теплової енергії визначається температурою і тиском поданої води чи пару; якість електроенергії – напругою і частотою електричного струму; якість газу, нафти – їх хімічним складом і тиском.

² Див. напр.: пп. 3.1.–3.4. Правил подачі та використання природного газу в народному господарстві України.

³ Див. напр.: пп. 34, 35, абз. 6 п. 37 Правил користування електричною енергією для населення, затверджених постановою Кабінету Міністрів України від 26 липня 1999 р. № 1357; пп. 5.4, 8 Правил користування електричною енергією, затверджених постановою НКРЕ від 31 липня 1996 р. № 28; п. 4 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.

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 повірку, ремонт і заміну приладів обліку тощо)¹.

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 й інших ресурсів без приладів обліку. В зазначеному випадку розмір плати за прийняті ресурси обчислюється у відповідності із середньомісячною нормою споживання абонентом ресурсів за попередній період (якщо раніше у нього були прилади обліку) чи на підставі встановлених для всіх абонентів норм споживання ресурсів².

Порядок і строки оплати отриманих енергетичних й інших ресурсів визначаються законодавством та 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 терміну³. При виконанні абонентом аналізованого обов'язку беруться до уваги надані йому законодавством пільги з оплати ресурсів і одержувані субсидії⁴.

Споживач зобов'язаний дотримуватись передбаченого договором режиму використання енергетичних та інших ресурсів. Подібний

¹ Див.: п. 3.1 Правил надання населенню послуг з газопостачання.; п. 38 Правил користування електричною енергією для населення.

² Див. напр.: пп. 32, 33 Правил користування електричною енергією для населення; пп. 9, 13 Правил надання населенню послуг з газопостачання.

³ Див.: п. 20 Правил користування електричною енергією для населення; п. 15 Правил надання населенню послуг з газопостачання.

⁴ Вказані 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.

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, а й від дотримання абонентом режиму їх використання¹. 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) встановленої 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 тощо)².

Відповідальність за порушення умов договору постачання енергетичними та іншими ресурсами через приєднану мережу. В § 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 застосовуються загальні положення про купівлю-продаж, положення про договір поставки, якщо інше не встановлено законом або не впливає із суті відносин сторін. Спеціальним законом (Законом України «Про електроенергетику») регулюються відносини з постачання лише електроенергії. У інших випадках при порушенні зобов'язань з постачання інших видів ресурсів (крім електроенергії) підлягають застосуванню загальні по-

¹ Наприклад, при споживанні абонентом газу понад установлені норми у газопроводі може знизитися тиск; при підключенні до електромережі потужних установок, що споживають електричну енергію, остання може бути пошкоджена (а при масових подібних порушеннях – можливе зниження частоти електроструму в мережі).

² Див.: п. 28 Правил надання населенню послуг з газопостачання; п. 42 Правил користування електричною енергією для населення; п. 6 Правил подачі та використання природного газу в народному господарстві України, затверджених наказом Держкомнафтогазу України від 1 листопада 1994 р. № 355; п. 11.2 Правил користування електричною енергією.

ложення про підстави й умови відповідальності за порушення цивільно-правового зобов'язання¹.

Постачальник електроенергії відповідає насамперед за перерву в її подачі, за її не відпуск і за зниження якості ресурсу. Відповідно до чч. 6, 7 ст. 24 Закону України «Про електроенергетику»: а) енергопостачальники несуть відповідальність перед споживачами електричної енергії в розмірі п'ятикратної вартості недовідпущеної електричної енергії у випадку переривання електропостачання з вини енергопостачальника (згідно з умовами договору на користування електричною енергією)²; б) у разі відпуску електричної енергії, параметри якості якої знаходяться поза межами показників, зазначених у договорі на користування електричною енергією, енергопостачальник несе відповідальність у розмірі двадцяти п'яти відсотків вартості такої електроенергії.

Таким чином, стягненням вказаних вище штрафів, що є виключною неустойкою, відповідальність постачальника електроенергії обмежується, а збитки, які виникають у 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 актах³.

Згідно з чч. 5, 6 ст. 26 Закону України «Про електроенергетику» від 16 жовтня 1997 р. (із змінами і доповненнями): а) споживачі (крім населення) у випадку споживання електричної енергії понад договірну величину за розрахунковий період сплачують енергопостачальникам п'ятикратну вартість різниці фактично спожитої і договірної величини; б) у разі перевищення договірної величини потужності споживачі (крім населення) сплачують енергопостачальникам п'ятикратну вартість різниці між найбільшою величиною потужності, зафіксованою протягом розрахункового періоду, та договірною величиною потужності.

Споживачі будь-яких видів ресурсів відповідають за несвоєчасну

¹ Більш доклад. про загальні положення, присвячені підставам і умовам відповідальності за порушення цивільно-правового зобов'язання див. главу 34 цього підручника.

² Згадування у Законі України «Про електроенергетику» про договір користування електроенергією є результатом прикрого непорозуміння. Замість зазначеного договору повинно йтися про договір постачання електроенергії. По-перше, як уже зазначалося вище, договір постачання електричними та іншими ресурсами через приєднану мережу є різновидом договору купівлі-продажу і підставою виникнення права власності на ресурси (зокрема, на електроенергію). По-друге, електроенергія належить до споживаних речей, визначених родовими ознаками, тому вона не може бути предметом зобов'язань через передачу майна у користування. По-третє, у 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 (ст. 1).

³ Див.: пп. 43–47 Правил користування електричною енергією для населення; пп. 9.3–9.6 Правил користування електричною енергією.

оплату поставленого товару в формі пені, розмір якої визначається за згодою сторін¹ чи встановлюється у підзаконних нормативно-правових актах². 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 наступних 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 у інших випадках, передбачених підзаконними нормативно-правовими актами³.

§ 6. 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, контракцію 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. 61 ЦК тощо.

¹ Див., напр.: п. 16 Типового договору про користування електричною енергією, затвердженого постановою Кабінету Міністрів України «Про затвердження Правил користування електричною енергією для населення» від 26 липня 1999 р. № 1357; п. 4.2.1 Типового договору про постачання електричної енергії, затвердженого постановою НКРЕ «Про затвердження Правил користування електричною енергією» від 31 липня 1996 р. № 28.

² Наприклад, відповідно до п. 11.3 Правил подачі та використання природного газу в народному господарстві України, у випадку заборгованості за використаний природний газ споживачі сплачують газопостачальній організації 0,5 відсотка вартості використаного газу за кожен 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 березня 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 у період, за який сплачується пеня.

³ Див.: пп. 4–7 Правил надання населенню послуг з газопостачання; пп. 35–36 Правил користування електричною енергією для населення; п. 9 Правил подачі та використання природного газу в народному господарстві України; пп. 8.2–8.5 Правил користування електричною енергією.

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.¹ бартерна операція у галузі зовнішньоекономічної діяльності – це один з видів експортно-імпорتنих операцій, оформлених бартерним договором або договором зі змішаною формою оплати, яким часткова оплата експортних (імпорتنих) поставок передбачені у натуральній формі між суб'єктом зовнішньоекономічної діяльності України та іноземною юридичною особою. 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 у роздрібній торговельній мережі.

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 з усіх істотних умов, 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.

Якщо згідно з договором міни обмінювані товари визнаються такими, що мають нерівноцінну вартість, то згідно з ч. 3 ст. 715 ЦК договором можуть встановлюватися доплати 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 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.

¹ Відомості Верховної Ради України. – 1999. – № 5–6. – Ст. 44.

Предметом договору можуть бути робота, послуги, 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» у бартерному договорі зазначається загальна вартість товарів, що імпортуються, на загальну вартість товарів (робіт, послуг), які експортуються за цим договором, з обов'язковим вираженням у 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 із сторін повинна мати право власності або мати інше речове право на майно з правомочністю щодо розпорядження цим майном.

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 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 установленний 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 бартер-

них 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 дозвіл¹. У разі порушення строків проведення товарообмінних (бартерних) операцій ст. 4 зазначеного вище Закону передбачена відповідальність.

Форма договору. В § 6 глави 54 ЦК не міститься вимог до форми договору міни. Згідно зі ст. 716 та ст. 657 ЦК при міні речами, хоча б одна з яких є нерухомістю, договір укладається у письмовій формі і повинен бути нотаріально посвідченим та підлягає державній реєстрації. Інші договори мають укладатись у простій письмовій формі. В усній формі можуть бути укладені договори відповідно до чч. 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.

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 пе-

¹ Постанова КМУ 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 КМУ від 16 листопада 2001 р. № 1493).

редати товар та інші документи, що належать до нього, передбачаються статтями 666, 620 ЦК, а передання товару належної якості – ст. 678 ЦК. Разом з 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, необтяжених правами третіх осіб на них. При вилученні за рішенням суду товару в сторони, яка отримала його за договором міни, на користь третьої особи на підставах, що виникли до укладення договору, друга сторона має відшкодувати заповдіяні цим збитки попередній стороні (ст. 661 ЦК), яка також має право повернення свого майна, отриманого контрагентом за договором міни.

Глава 37. ДОГОВІР ДАРУВАННЯ

За договором дарування одна сторона (дарувальник) передає або зобов'язується передати у майбутньому другій стороні (обдаровуваному) безоплатно майно (дарунок) у власність (ч. 1 ст. 717 ЦК).

Договір дарування поряд з договорами купівлі-продажу, міни 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 ЦК норми, що регулюють відносини з дарування, в окрему главу.

Договір дарування завжди безоплатний. 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 дарунка традиційно передає дарувальнику річ або невелику 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 у юридичному розумінні. Надання монети сприймається сторонами як символічний акт та не має за ціль компенсацію за отриманий дарунок.

Не буде також зустрічним наданням встановлення за договором дарування права користування дарувальником річчю – предметом дарування. Цю ситуацію можна розглядати подвійно: дарувальник зберігає за собою певні права (право користування), які 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 у нього відсутнє до укладення договору, а обдаровуваний не надає дарувальникові нічого, що не було б пов'язане з дарунком.

Із зазначеного випливає наступна 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 дарунка. Слід, безумовно, погодитися з думкою О. С. Іоффе, який вказував, що у обдаровуваного частіше за все не просять згоди на прийняття дарунка тільки тому, що така згода припускається, але якщо таке припущення буде спростоване, дарування не може вважатися здійсненим¹. Саме необхідність вказаної згоди дозволяє кваліфікувати дарування як договір, тобто домовленість сторін, спрямовану на встановлення цивільних прав та обов'язків (ст. 626 ЦК), та відокремити його від односторонніх правочинів, на підставі яких виникає право власності у іншої особи².

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*.

Відповідно до ч. 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 певної обставини. Таким чином, консенсуальний договір дарування породжує зобов'язання, за яким дарувальник (боржник) має вчинити певну дію, зокрема 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 право вимагати передання йому дарунка), тобто не бере на себе ніяких обов'язків, а дарувальник передає або зобов'язується передати майно, не отримуючи при цьому жодних прав вимоги щодо обдаровуваного.

Але з цього правила є винятки. Так, за договором дарування може бути встановлений обов'язок обдаровуваного вчинити певну дію майнового характеру на користь третьої особи або утриматися від її вчи-

1 *Иоффе О. С.* Обязательственное право. – М.: Юрид. лит., 1975. С. 394.

2 У юридичній літературі кінця XIX – початку XX ст. був поширений погляд на дарування як на підставу виникнення права власності, але не як на договір (див. напр.: *Мейер Д. И.* Русское гражданское право: В. 2-х частях. – Ч. 1. – М., 1997. – С. 3.

нення (передати грошову суму чи інше майно у власність третій особі, виплачувати ренту, надати право довічного користування дарунком або його частиною, не пред'являти вимог до третьої особи пр виселення з дарованого будинку 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 та особа, на користь якої встановлений цей обов'язок.

Між тим трансформація договору дарування у двосторонній не позбавляє його ознак безоплатності. Так, майнове надання обдаровуваного спрямоване на користь третьої особи, а не дарувальника і не є, таким чином, зустрічним, що необхідно для кваліфікації договору як оплатного. Не порушується у зазначеній конструкції й друга ознака дарування – збільшення майна обдаровуваного за рахунок зменшення майна дарувальника.¹

Характерною ознакою договору дарування є **особистий характер** зобов'язання, яке він породжує. Так, відповідно до ч. 3 ст. 723 ЦК, якщо до настання строку (терміну) або відкладальної обставини, встановленої договором дарування з обов'язком передати дарунок у майбутньому, дарувальник чи обдаровуваний помре, договір дарування припиняється.

Найбільш цікавим, з точки зору юридичного аналізу, є **реальний** договір дарування. Такий договір, як було зазначено вище, є укладеним з моменту передання майна. Звичайна конструкція реального договору у випадку дарування призводить до виключних наслідків – за таким договором, на відміну від інших, не виникає зобов'язання².

Так, не важко помітити, що передання майна обдаровуваному має наслідками виникнення у 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 договором³.

Предмет договору дарування. 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 котрі можуть виникнути у нього в майбутньому. Тобто, мова йде про будь-які неспоживні та споживні речі, ру-

¹ Слід відмітити, що це один з небагатьох, поряд, наприклад, з договором доручення, за яким повірений не отримує плати, прикладів безоплатності двостороннього договору.

² Окрім зазначеного договору дарування з обов'язком обдаровуваного на користь третьої особи.

³ Шершеневич Г. Ф. Учебник русского гражданского права. – Т. 2. – М., 1907. – С. 72.

хомі й нерухомі, зокрема, споруди, будівлі, транспортні засоби, земельні ділянки, підприємства тощо, за винятком майна, вилученого з цивільного обороту.

Майнові права, що є дарунком, можуть бути як зобов'язальними, так і речовими¹.

Дарування зобов'язальних прав, що дарувальник як кредитор має до третьої особи, здійснюється у вигляді безоплатної цесії (п. 1 ч. 1 ст. 512 ЦК), у якій має бути зрозуміло висловлений намір цедента (дарувальника) здійснити безоплатне передання права вимоги цесіонарію (обдаровуваному). У іншому випадку за правилами ч. 4 ст. 632 ЦК ціна у договорі, якщо вона не вказана, визначається, виходячи із звичайних цін, і такий договір не може вважатися даруванням. Передання дарувальником обдаровуваному майнового права до самого себе не передбачає використання визначеної договірної конструкції (ч. 1 ст. 6)², 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, батьки (усиновлювачі), опікуни не мають права дарувати майно дітей, підопічних (ч. 2 ст. 726 ЦК). Закон не передбачає заборони укладення договору дарування щодо малолітніх та недієздатних.

Підприємницькі товариства можуть укладати договір дарування між собою, якщо право здійснювати дарування прямо встановлено установчими документами дарувальника. Це положення не поширюється на право юридичної особи укладати договір пожертви.

ЦК визначає специфічні правила щодо змісту доручення на укладення договору дарування³ представником дарувальника. Так, доручення на укладення договору дарування, у якому не вказано імені обдаровуваного, є нікчемним (ч. 4 ст. 720).

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 у момент вчинення, за винятком тих, що підлягають нотаріальному посвідченню, державній реєстра-

¹ Наприклад, право користування чужою земельною ділянкою для забудови може виникати на підставі договору (у тому числі і безоплатного) з власником та бути встановлено на невизначений строк. Крім того, таке речове право може відчувуватись самим землекористувачем (ст. 413 ЦК).

² Конструкція цесії у цьому разі не може бути застосована, оскільки передбачає передання третій особі прав кредитора за вже існуючим зобов'язанням, якого, очевидно, у випадку дарування права щодо себе немає.

³ Очевидно, законодавець має на увазі доручення як складовий елемент змісту договору доручення (ст. 1003 ЦК) та довіреність.

ції, або коли недодержання письмової форми має наслідком нікчемність договору (ст. 206 ЦК).

Стаття 719 ЦК встановлює правила стосовно форми цього договору. Договір дарування предметів особистого користування та побутового призначення може бути укладений усно.

Договір дарування нерухомої речі укладається у письмовій формі і підлягає нотаріальному посвідченню.

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 у 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 обдарованого на дарунок. Право власності обдарованого на дарунок виникає з моменту його прийняття.

Дарувальник, який передав річ організації транспорту, зв'язку або іншій особі для вручення її обдарованому, має право відмовитися від договору дарування до вручення речі останньому.

Якщо дарунок направлено обдарованому без його попередньої згоди, дарунок є прийнятним, якщо обдарований негайно не заявить про відмову від його прийняття.

Прийняття обдарованим документів, які посвідчують право власності на річ, інших документів, що посвідчують належність дарувальникові предмета договору, або символів речі (ключів, макетів тощо), є прийняттям дарунка.

Зміст договору дарування. Дарувальник несе наступні обов'язки:

За консенсуальним договором дарування дарувальник зобов'язаний у визначений договором строк (термін) передати дарунок (відступити майнове право) обдарованому.

Якщо дарувальникові відомо про недоліки речі, що є дарунком, або її особливі властивості, які можуть бути небезпечними для життя, здоров'я, майна обдарованого чи інших осіб, він зобов'язаний повідомити про них обдарованого. Дарувальник, якому було відомо про недоліки або особливі властивості подарованої речі і котрий не повідомив про них обдарованого, зобов'язаний відшкодувати шкоду, завдану майну, та шкоду, заподіяну каліцтвом, іншим ушкодженням здоров'я чи смертю внаслідок володіння або користування дарунком.

Дарувальник має такі права:

– відмовитися від передання дарунка в 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 останнього мають право вимагати розірвання договору дарування.

Обов'язки обдаровуваного. Як зазначалося, договір дарування є безоплатним та у більшості випадків одностороннім. Але ст. 725 ЦК дозволяє встановлення у договорі дарування обов'язку обдаровуваного вчинити певну дію майнового характеру на користь третьої особи або утриматися від її вчинення.

Обдаровуваний має право:

– у разі настання строку (терміну) або відкладальної обставини, встановлених договором дарування з обов'язком передати дарунок у майбутньому, вимагати від дарувальника передання дарунка або відшкодування його вартості.

– 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 договір пожертви. *Пожертвою є дарування нерухомих і рухомих речей, зокрема грошей та цінних паперів, фізичним особам, юридичним особам, державі, АРК, територіальній громаді, для досягнення ними певної, наперед обумовленої мети (ч. 1 ст. 729 ЦК).*

Сторонами договору пожертви є жертвувач та обдаровуваний.

Договір про пожертву завжди реальний та вважається укладеним з моменту прийняття пожертви.

До договору про пожертву застосовуються положення про договір дарування, якщо інше не встановлено законом.

Пожертвувач має наступні права:

– здійснювати контроль за використанням пожертви відповідно до мети, встановленої договором про пожертву.

– вимагати розірвання договору про пожертву, якщо жертва використовується не за призначенням. Таке право мають правонаступники жертвувача в разі його смерті. Якщо використання пожертви за призначенням виявилось неможливим, використання її за іншим призначенням можливе лише за згодою жертвувача, а у разі його смерті чи ліквідації юридичної особи – за рішенням суду.

Глава 38. ДОГОВІР РЕНТИ

§ 1. Поняття та ознаки договору ренти

Договору ренти присвячено главу 56 ЦК. Цей інститут регулює відносини, які пов'язані з відчуженням майна під виплату колишньо-му власнику грошового або іншого утримання – ренти.

Інститут ренти набув поширення у середні віки. Значення слова «рента» розумілося як повернення того, що було передано раніше. Отриманню ренти завжди передувала передача майна платникові – спочатку землі та інших об'єктів нерухомості, пізніше – рухомого майна, у тому числі грошей. Рентні відносини мали довгостроковий, часто безстроковий характер. Рента ні за яких обставин не могла бути разовою.

Історично склалося так, що рента не пов'язана з підприємницькою діяльністю і не є прибутком. Рента, взагалі, не є доходом, отриманим від будь-якої діяльності. Ці ознаки ренти складають основу її особливого правового режиму і в українському законодавстві на сьогодні.

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 в формі певної грошової суми або у іншій формі (ст. 731 ЦК).*

З визначення договору ренти випливає, що він є реальним, про що свідчить чітко визначене положення: одержувач ренти передає майно платникові ренти, а не зобов'язується його передати. Тому для укладення договору ренти недостатньо зустрічної згоди сторін, необхідне передання майна платникові ренти. Після передання майна одержувач ренти не несе за договором ніяких зобов'язань, він має лише права. Отже, договір ренти є **одностороннім**. Оплатним цей договір є тому, що майно передається в обмін на надане утримання у вигляді грошової суми або у іншій формі.

Договір ренти належить до договорів, за якими переходить право власності на передане майно. Як за договорами купівлі-продажу, міни та дарування, за договором ренти майно переходить у власність платника ренти, який набуває усі права власника та одночасно несе ризик випадкового знищення майна й інші обов'язки власника. Відносини, пов'язані з переданням майна у власність під виплату ренти, відповідно до ч.2 ст. 734 ЦК регулюються загальними положеннями про купівлю-продаж – при оплатній передачі майна або положеннями про договір дарування, якщо передання такого майна відбулося безоплатно. Даними нормами керуються у разі, якщо це не суперечить суті договору ренти. Так, з числа норм про купівлю-продаж можуть застосовуватися ті, у яких передбачено момент переходу ризику випадкової загибелі майна, що передається (ст. 668 ЦК), обов'язок продавця попередити покупця про права третіх осіб на майно (ст. 659

ЦК), обов'язки сторін при пред'явленні третьою особою позову про витребування у покупця переданої йому речі (ст. 660 ЦК). Серед норм про договір дарування до рентних відносин можуть бути застосовані, зокрема ст. 721 ЦК про наслідки спричинення шкоди, завданої недовіками подарованої речі, і ст. 722 ЦК про прийняття дарунка та виникнення права власності обдаровуваного з моменту його прийняття. При цьому щодо дарування виключається можливість використання будь-яких статей, які регулюють консенсуальний договір (тобто договір дарування з обов'язком передати дарунок у майбутньому), оскільки договір ренти може мати лише реальний характер.

Схожість ренти з купівлею-продажем та іншими договорами про оплатне передання майна у власність не перетворює рентний договір у 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 є обов'язки однієї особи виплачувати ренту іншій взамін переданого майна. Рентні платежі для одержувача ренти часто єдине джерело засобів існування, тим більше якщо враховувати довгостроковий, стабільний характер відносин, які складаються. Метою договору купівлі-продажу є передача права власності. За договором же ренти – це лише умова виникнення рентних відносин. Договори купівлі-продажу, міни завершуються переходом права власності, а договір ренти тільки починається з переданням майна платникові у власність.

Договір ренти підлягає обов'язковому нотаріальному посвідченню, а якщо під виплату ренти передається нерухоме майно, то ще й державній реєстрації (ст. 732 ЦК).

У разі відчуження нерухомого майна іншій особі до неї переходять обов'язки платника ренти (ч. 2 ст. 735 ЦК). Тобто для прав одержувача ренти притаманна ознака слідування їх за тим нерухомим майном, яке вони обтяжують. Тому в разі відчуження нерухомого майна платником ренти його обов'язки за цим договором переходять на набувача майна, хоча б останній і не знав про обтяження майна. У разі набуття такого майна покупець, якого продавець не сповістив про обтяження майна рентою, може скористатися правами, передбаченими ст. 659 ЦК, але не може відмовитися від виплати ренти, посилаючись на те, що він не знав про обтяження майна. Саме для того, щоб попередити набувача, закон вимагає державної реєстрації договору ренти нерухомого майна, яке є найчастіше предметом останнього.

Обтяження рухомого майна законом не передбачено. І тому при його відчуженні за договором ренти одержувач не має права вимагати виплати ренти від нового власника; і перед ним, як і раніше, несе обов'язки первинний набувач майна. Наприклад, якщо переданий за договором ренти автомобіль буде подарований платником ренти синові, то обов'язки з виплати рентних платежів перед її одержувачем нестиме платник за договором ренти, а не син як власник автомобіля. Від-

повідно до ч.2 ст. 735 ЦК платник ренти має право відчужувати майно, передане йому під виплату ренти, лише за згодою її одержувача.

Закон передбачає й забезпечення виплати ренти у тих випадках, коли під виплату останньої передається земельна ділянка або інше нерухоме майно. Відповідно до ч. 1 ст. 735 ЦК воно автоматично стає предметом застави. Тому в разі порушення платником ренти зобов'язань її одержувач як іпотекодержатель має можливість задовольнити свої вимоги за рахунок цього майна переважно перед іншими кредиторами платника ренти. Що ж стосується використання сторонами інших видів забезпечення зобов'язань, то будь-який з них або декілька одночасно можуть бути передбачені за договором ренти за згодою сторін при відчуженні рухомого майна, або застосовуватися поряд з іпотекою при передаванні нерухомого майна. Виплата ренти може забезпечуватися шляхом встановлення обов'язку платника ренти застрахувати ризик невиконання ним своїх обов'язків за договором ренти (ч. 3 ст. 735 ЦК). Якщо умову про забезпечення включено до договору, але вона не виконана платником безстрокової ренти, одержувач має право вимагати розірвання договору ренти відповідно до ч.1 ст. 740 ЦК.

Як особливу гарантію прав одержувача ренти законом передбачено виплату процентів у зв'язку з простроченням виплати ренти платником. Розмір процентів визначається сторонами у договорі, а при відсутності його позначення – у розмірі 3 % річних від простроченої суми відповідно до вимог ст. 625 ЦК. Обов'язок з їх виплати має місце в усіх випадках прострочення виплати ренти, у тому числі також, коли прострочення виникло не з вини платника ренти.

§ 2. Види договорів ренти

ЦК розрізняє наступні різновиди рентного договору: договір ренти, укладений на невизначений строк – **договір безстрокової ренти**; та договір ренти, укладений на визначений строк – **договір ренти на певний строк** (ч. 2 ст. 731 ЦК)¹.

Віднесення договору ренти до того чи іншого виду має принципове значення. Закон передбачає особливі права для платника та одержувача безстрокової ренти щодо можливості розірвання договору на вимогу однієї із сторін; можливості припинення зобов'язань щодо виплати ренти або зміни її умов у разі випадкового знищення чи випадкового пошкодження майна, переданого під виплату безстрокової ренти; особливості розрахунків між сторонами у разі розірвання договору, які призводять до його припинення.

До договору ренти, укладеного на певний строк, названі вище особливості не мають відношення. До його регулювання необхідно за-

¹ Різновидом рентного договору, безперечно, є договір довічного утримання (догляду), передбачений главою 57 ЦК. Він діє протягом життя одержувача ренти, тобто є договором довічної ренти.

стосовувати загальні положення про договори з оплатної передачі майна.

Сутність **безстрокової ренти** полягає у необмеженості зобов'язань з її виплати будь-яким строком. Такі відносини можуть існувати довго. Майно, передане під виплату ренти, може бути давно знищено (спожите), можуть бути забуті особи, між котрими первинно виникло дане зобов'язання, але саме зобов'язання з виплати ренти зберігатиметься. Право на отримання безстрокової ренти переходить до спадкоємців, а якщо одержувачем ренти є юридична особа – до правонаступників. Це право припиняється у зв'язку з відсутністю спадкоємців та у разі ліквідації юридичної особи-одержувача. Так само переходять до правонаступників обов'язки платників безстрокової ренти.

Договір безстрокової ренти належить до так званих алеаторних (**ризикових**) договорів. Внаслідок укладення цього договору виникає ризик для кожної із сторін, який полягає у тому, що розмір рентних платежів може виявитися більшим або, навпаки, меншим за вартість відчуженого під виплату ренти майна. Вважається, що сторони усвідомлюють такі обставини і з ними погоджуються. Тому самій суті договору безстрокової ренти суперечило б внесення до нього умови про те, що загальний розмір рентних платежів, які підлягають виплаті одержувачу, обмежується вартістю переданого майна¹.

Договір ренти може бути укладений на будь-який конкретний **строк** за згодою сторін. У разі випадкового знищення або випадкового пошкодження майна, переданого під виплату ренти на певний строк, платник не звільняється від обов'язку виплачувати її до закінчення строку виплати ренти на умовах, встановлених договором (ст. 743 ЦК). До цього виду ренти не можна застосовувати положення статей 739–742 ЦК, розрахованих лише на договір безстрокової ренти. Договір ренти, укладений на певний строк, регулюється загальними правилами, передбаченими для розірвання або припинення зобов'язань, що виникають з договорів з оплатної передачі майна у власність.

Поряд з цим закон важливе значення приділяє тому, на яких засадах – **за плату чи безоплатно** – передано платникові ренти те майно, замість якого колишньому власнику надається той чи інший вид ренти. У першому випадку передане майно виступає повним, а у другому – відповідно частковим еквівалентом виплачуваної ренти². Від передання майна за плату чи безоплатно залежить можливість застосування при його переданні правил про купівлю-продаж чи правил про договір дарування (ст. 734 ЦК). Крім того, залежно від передання майна за плату або безоплатно залежить можливість розірвання та

¹ Див.: Гражданское право: Учеб. Часть II / Под ред. А. П. Сергеева, Ю. К. Толстого. – М.: Проспект, 1997. – С. 136.

² Брагинский М. И., Витрянский В. В. Договорное право. Книга вторая: Договоры о передаче имущества. – Изд. 2-е, стереотип. – М.: Статут, 2000. – С. 636.

порядок розрахунків між сторонами у разі розірвання договору безстрокової ренти (ст. 741 ЦК). З огляду на безоплатність чи оплатність договору, по-різному вирішується питання про ризик випадкового знищення або випадкового пошкодження майна, переданого під виплату безстрокової ренти (ст. 742 ЦК).

Суттєві відмінності мають договори ренти, за якими під виплату ренти передається нерухоме майно. Такі договори відрізняються від договорів ренти, за якими передається рухоме майно, формою, присутністю ознак слідування ренти за майном при його відчуженні, виникненнім законної застави на передане майно тощо.

Закон не обмежує передачу прав на отримання ренти іншою особою шляхом уступки права вимоги. Однак одержувач ренти не має права передачі своїх прав за договором ренти, якщо останній укладено на його користь іншою особою, без згоди цієї особи.

§ 3 . Елементи договору ренти

Сторонами договору ренти виступають одержувач та платник ренти .

Одержувачами ренти можуть бути будь-які фізичні або юридичні особи (ст. 733 ЦК). Причому фізичні особи незалежно від їх віку та працездатності. Як правило, вони є власниками того майна, яке було відчужене під виплату ренти. Вона може бути встановлена і на користь третьої особи – вигодонабувача. У цьому випадку після вираження наміру третьої особи скористатися своїми правами за договором, останній не може бути розірваний або змінений без згоди вигодонабувача (ст. 636 ЦК).

Платниками ренти теж можуть бути фізичні та юридичні особи без будь-яких обмежень.

Як і права одержувачів, обов'язки її платників можуть переходити до інших осіб як у випадках, передбачених законом (ч. 2 ст. 735 ЦК), так і шляхом заміни кредитора або боржника у зобов'язанні (статті 512, 520 ЦК). Дане положення стосується обох видів рентних договорів (безстрокового та укладеного на певний строк), оскільки закон не передбачає ніяких обмежень щодо цього, а права одержувачів і платників ренти не належать до таких, які нерозривно пов'язані з особою кредитора чи боржника.

До **істотних умов** договору належить умова про предмет. Договір ренти має складний **предмет**: **по-перше**, ним виступає **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 даний договір не може вважатися укладеним.

Стосовно **майна** закон не встановлює жодних 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 встановлюються за згодою сторін у договорі (ст. 737 ЦК). Закон встановлює 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. Розмір ренти змінюється відповідно до зміни розміру облікової ставки Національного банку України, якщо інше не встановлено договором.

Строк договору ренти залежить від її виду. Договір безстрокової ренти укладається на невизначений строк. Договір строкової ренти укладається на певний строк, але це не може бути, наприклад, одноразова виплата ренти. Відносини за договором ренти мають постійний, стабільний, довгостроковий характер. Враховуючи це, сторони і встановлюють строк його дії. Договір ренти, укладений без визначення строку, вважається договором безстрокової ренти.

Сторони у договорі узгоджують періодичність виплати ренти. За відсутності регулювання цього питання у договорі рента виплачується після закінчення кожного календарного кварталу (ст. 738 ЦК).

Ціною договору ренти є загальна сума виплачуваної ренти за даним договором, укладеним на певний строк. Наприклад, якщо сторони передбачили ренту в грошовій формі за договором, укладеним на 10 років, у розмірі 200 грн. з виплатою кожного місяця, то ціна договору складатиме – 24000 грн. Саме за договором ренти, укладеним на певний строк, сторони можуть співвіднести вартість переданого під виплату ренти майна з ціною договору ренти, яку отримає її одержувач протягом дії договору. Стосовно ж безстрокової ренти можна вести мову про ціну договору лише умовно, зважаючи на алеаторний характер такої ренти. Найбільш близьким елементом з'ясування ціни безстрокової ренти є порядок розрахунку між сторонами у разі розірвання зазначеного договору (ст. 741 ЦК).

§ 4. Припинення договору ренти і розрахунки між сторонами

Договір ренти припиняється як за підставами, що є загальними для більшості цивільно-правових зобов'язань (гл. 50 ЦК), так і за спеціальними підставами, властивими лише для рентних відносин (гл. 56 ЦК).

Договір ренти може бути припинено за **домовленістю сторін** (ст. 604 ЦК). У цьому випадку припинення договору сторони встановлюють, на яких засадах буде його припинено, вирішуючи питання про повернення переданого під виплату ренти майна та повернення (повне або часткове) виплачених сум, виплати одержувачеві ренти компенсації тощо.

Одержувач ренти може у будь-який час відмовитися від подальшого отримання рентних виплат, припинивши тим самим зобов'язання **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.

Рентні зобов'язання можуть бути припинені у зв'язку з **переданням відступного** одержувачу ренти (ст. 600). Така підстава є найхарактернішою 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 у разі, якщо рента встановлена у грошовій формі.

Договір ренти може бути припинено також за іншими підставами, передбаченими 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 з виплати ренти за договором ренти, укладеним на певний строк, може припинитися його **виконанням** (ст. 599 ЦК). Така підстава для припинення договору безстрокової ренти не може застосовуватися у силу його «постійного» характеру.

Рентне зобов'язання може бути припинено і за **особливих підстав**, зокрема, коли **права одержувача ренти перейдуть** до особи, що не може бути її одержувачем. Наприклад, внаслідок того, що одержувачем ренти стали наступні спадкоємці за заповітом: держава Україна, Автономна Республіка Крим, територіальна громада, іноземна держава та інші суб'єкти публічного права (ст. 2 ЦК). На жаль, закон не встановлює правові наслідки на такий випадок. Очевидно, за вказаних обставин відповідний обов'язок з платника ренти має зніматися, і він залишається власником майна, переданого за договором 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 це може статися за певних обставин, а саме: якщо майно передано під виплату ренти за плату та коли платник ренти почне вимагати припинення зобов'язання з виплати ренти або зміни умов її виплати (ст. 742 ЦК). Стосовно ж ризику випадкового знищення чи випадкового пошкодження майна, переданого під виплату ренти безоплатно, то його несе платник ренти, який у такому разі повинен і далі виконувати свої обов'язки перед її одержувачем.

Особливе значення законодавець приділяє припиненню рентних відносин у зв'язку з **розірванням договору безстрокової ренти на вимогу платника або одержувача**. При цьому право платника на розірвання договору такої ренти має безумовний характер. Відповідно до вимог ст. 739 ЦК платник безстрокової ренти має право відмовитися від договору ренти. Умова договору, відповідно до якої платник цієї ренти не може відмовитися від договору, є нікчемною. Договір ренти припиняється після спливу трьох місяців від дня 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 (наприклад, у разі передачі майна, переданого під виплату ренти, платником іншій особі, або у випадках, встановлених законом). Так, відповідно до ч.1 ст. 740 ЦК одержувач безстрокової ренти має право вимагати розірвання договору, якщо платник: прострочив її виплату більш як на один рік; порушив свої зобов'язання щодо забезпечення виплати ренти; визнаний неплатоспроможним або виникли інші обставини, які явно свідчать про неможливість виплати ним ренти у розмірі і у строки, встановлені договором. Таким чином, закон пов'язує право одержувача ренти на розірвання договору з порушеннями платником його обов'язків, які вже мають місце або можуть виникнути у майбутньому в зв'язку зі зміною тих чи інших обставин. Враховуючи те, що вимога про розірвання договору безстрокової ренти не є мірою цивільно-правової відповідальності, вона може бути заявлена одержувачем незалежно від того: чи винен платник ренти у порушенні своїх обов'язків. Поряд з цим слід вказати, що договір безстрокової ренти також може бути розірвано за рішенням суду на вимогу одержувача ренти і у зв'язку з істотними порушеннями договору платником ренти за правилами ст. 651 ЦК. Наприклад, це можуть бути порушення, пов'язані з розміром виплати ренти (значно меншим) у разі її регулярної виплати.

Розрахунки між сторонами у разі розірвання договору безстрокової ренти здійснюються за умовами, передбаченими на такий випадок у даному договорі. При вирішенні цього питання сторони повинні враховувати такі обставини, як вартість переданого під виплату ренти майна; строк його можливого використання за призначенням; розмір рентних платежів та інші. Незважаючи на важливість та безспірну доречність вирішення вказаного питання у договорі, розрахунки між сторонами у разі розірвання договору безстрокової ренти не належать до суттєвих умов договору. Якщо сторони у договорі не встановили правові наслідки його розірвання, розрахунки між ними провадяться відповідно до ст. 741 ЦК. Так, у випадку, **коли майно було передано у власність** платника безстрокової ренти за плату, одержувач ренти має право вимагати від платника виплати річної суми ренти. Якщо ж майно під виплату безстрокової ренти **передано безоплатно**, то поряд з виплатою річної суми ренти він має право вимагати виплати вартості переданого майна. Вартість останнього визначається у таких випадках за правилами, передбаченими ст. 632 ЦК, виходячи із звичайних цін, що склалися на аналогічне майно на момент укладення договору безстрокової ренти.

Щодо ж договору ренти, укладеного на певний строк, застосовуються загальні правила про можливість розірвання договору, передбачені ст. 651 ЦК. Так, договір може бути змінено або розірвано лише за

згодою сторін, якщо інше не встановлено договором чи законом. Закон же не передбачає випадків розірвання договору ренти, укладеного на певний строк, на вимогу однієї із сторін. На таку вимогу договір ренти, укладений на певний строк, може бути змінено або розірвано за рішенням суду в разі істотного порушення договору другою стороною та у інших випадках, передбачених договором (ч. 2 ст. 651 ЦК).

Глава 39. ДОГОВІР ДОВІЧНОГО УТРИМАННЯ (ДОГЛЯДУ)

§ 1. Поняття та ознаки договору довічного утримання (догляду)

Договору довічного утримання (догляду) присвячено главу 57 ЦК України, хоча дані відносини за своїм характером близькі до рентних відносин і 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 за мету отримання матеріального забезпечення, догляду, послуг, яких він потребує. Набувач же завдяки даному договору набуває право власності на майно. Тому цей договір належить до тих, за якими переходить право власності на майно¹.

Договір довічного утримання (догляду) є **реальним**, оскільки відчужувач передає (а не зобов'язується передати) майно набувачеві, хоча у науці цивільного права щодо цього висловлене й інше бачення².

У такому разі це означало б можливість набувача вимагати від відчужувача як сторони слабшої і тому потребуючої особливого захисту передання майна взамін на довічне утримання (догляд). Реальна модель договору захищає відчужувача від такої вимоги. Взагалі не випадково реальний договір характерний саме для фідучіарних, до того ж довгострокових договорів. Саме до таких і належить договір довічного утримання (догляду), для якого фідучіарність та довгостроковість полягають у тому, що майно передається «сьогодні», а його ек-

¹ Метою даного договору є встановлення утримання (догляду) відчужувачу взамін переданого ним у власність набувачеві майна. Перехід права власності від відчужувача до набувача слугує основній цілі договору довічного утримання і не повинен бути вирішальним при визначенні його місця у системі договорів. (ЦК 1963 р. відносив договір довічного утримання до договорів з надання послуг).

² *Иоффе О. С.* Обязательственное право. – М., 1975. – С. 300, Цивільне право України: Підруч.: У 2 кн./ За ред О. В. Дзери, Н. С. Кузнецової. – К.: Юрінком Інтер, 2002. – Кн. 2. – С. 114.

вівалент буде надано відчужувачу в майбутньому, а саме впродовж його життя. Таким чином, для укладення договору довічного утримання (догляду) недостатньо зустрічної згоди сторін, необхідне й передання майна набувачеві. Після цього відчужувач не несе за договором ніяких обов'язків, він має лише права. Отже, договір довічного утримання (догляду) є **одностороннім**.

Договір довічного утримання, безумовно, є **оплатним**, оскільки набувач отримує у власність за ним певне майно, а відчужувач – необхідне утримання та догляд у вигляді грошових сум, надання приміщення та інших матеріальних благ і послуг. При цьому закон не вимагає, щоб вартість переданого відчужувачем майна була еквівалентною вартості наданого набувачем утримання. Співвідношення вказаних цінностей залежить від домовленості сторін, а також від тривалості життя відчужувача. Договір довічного утримання не має завідомо визначеного терміну дії, оскільки він обумовлений моментом настання смерті відчужувача. Тому від тривалості його життя безпосередньо залежить розмір наданого набувачем утримання (догляду).

§ 2. Елементи договору

Сторонами договору довічного утримання (догляду) є відчужувач та набувач.

Відчужувачем за цим договором відповідно до ч. 1 ст. 746 ЦК може бути фізична особа незалежно від віку та стану здоров'я. **Набувачем** у договорі довічного утримання (догляду) може бути повнолітня дієздатна фізична особа або юридична особа. Законодавець наголошує на повній дієздатності фізичної особи, оскільки набувач повинен самостійно виконувати обов'язки за договором довічного утримання (догляду), які містять надання матеріального забезпечення, догляд, надання допомоги, забезпечення відчужувача харчуванням протягом тривалого часу. Принциповим є визнання законодавцем як набувачів юридичних осіб. Оскільки закон не містить ніяких застережень з цього питання, то такими можуть бути також юридичні особи, які займаються підприємницькою діяльністю.

ЦК надав відчужувачу право передбачити у договорі декілька осіб, які набувають майно на праві спільної сумісної власності (ст. 746). Обов'язки таких набувачів перед відчужувачем є солідарними.

Відповідно до ч. 4 ст. 746 ЦК можливе укладення договору довічного утримання на користь третьої особи (ст. 636 ЦК). Наприклад, названий договір укладається одним з подружжя, що є власником майна на праві приватної власності (автомобіля), на користь другого з подружжя. Немає ніяких перешкод для того, щоб договір довічного утримання (догляду) був укладений відчужувачем одночасно на свою користь та на користь третьої особи (наприклад, того з подружжя, який не є власником переданого майна за договором довічного утримання). У цьому випадку останній отримуватиме матеріальне забезпечення за договором довічного утримання (догляду)

поряд з відчужувачем та матиме право відповідно вимагати надання догляду та утримання, як і сам відчужувач. Припиниться ж такий договір смертю останнього з подружжя.

У разі, коли майно належить співвласникам на праві спільної сумісної власності (наприклад, подружжю), то вони виступають на боці відчужувача за договором довічного утримання відповідно до ч.1 ст. 747 ЦК.

Договір довічного утримання (догляду) має складний предмет: по-перше, ним виступає майно, яке відчужувач передає набувачеві взамін утримання та (або) догляду; по-друге, предметом є матеріальне забезпечення та (або) догляд, якими набувач повинен забезпечити відчужувача.

Відповідно до ст. 744 ЦК за договором довічного утримання відчужувач має право передати у власність набувачеві житловий будинок, квартиру, їх частину, інше нерухоме майно або рухоме майно, яке має значну цінність. Житлові будинки, квартири законодавець виділяє серед іншого нерухомого майна тому, що саме воно найчастіше знаходиться у власності фізичних осіб. Щодо ж рухомого майна законодавець не конкретизує, яке саме таке майно може передаватися за договором довічного утримання (догляду). Тому можна припустити, що вказаним рухомим майном може бути транспортний засіб, антикварні речі, твори мистецтва, ювелірні прикраси, побутова техніка, предмети домашнього вжитку за умови, що вони мають значну цінність. Поняття «значна цінність» має оціночний характер. Але оцінювати таке майно сторони повинні порівняно з вартістю нерухомого майна, оскільки законодавець насамперед його відніс до предмета договору довічного утримання (догляду).

Оскільки договір довічного утримання спрямований на перенесення права власності на зазначені вище об'єкти, то відповідно вказане майно повинно належати відчужувачу на праві власності, що має бути підтверджено відповідними правостановлюючими документами. Таке майно не повинно бути обтяжене заставою.

Стаття 747 ЦК визнає можливість укладення договору довічного утримання (догляду), за яким відчужується майно, що належить співвласникам на праві спільної сумісної власності, зокрема те, яке належить подружжю. 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 ним. При цьому, у разі смерті одного із співвласників майна, що було відчужене ними на підставі договору довічного утримання (догляду), обсяг зобов'язань набувача відповідно зменшується. Мається на увазі, що розмір зобов'язань набувача з надання утримання (догляду) зменшується вдвоє, а якщо сторони передбачили у договорі неоднаковий розмір надання утримання (догляду) кожному з подружжя, – то відповідно до умов договору.

Цивільне законодавство встановлює особливі вимоги щодо **форми** договору довічного утримання. Відповідно до ст. 745 ЦК він повинен бути нотаріально посвідчений, а договір про передачу нерухомого майна підлягає державній реєстрації.

З формою договору довічного утримання ЦК пов'язує момент виникнення права власності на майно у набувача. Так, за ст. 748 ЦК 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 останнього, а за договором, що підлягає державній реєстрації, – з моменту такої реєстрації. Разом з правом власності до набувача переходить і ризик випадкової загибелі або випадкового пошкодження майна. Відповідно до 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. Дане положення закону ще раз підкреслює особливість договору довічного утримання (догляду) – надавати відчужувачу матеріальне забезпечення до закінчення його життя.

Договір довічного утримання (догляду) є тривалим. Оскільки набувач зобов'язаний утримувати відчужувача довічно, тобто до його смерті, то **строк договору** є невизначеним. Він може бути тривалим. Однак відомі випадки, коли зобов'язання припиняється у досить короткий строк після укладення договору. Це також характеризує невизначеність строку за договором довічного утримання (догляду). Даний договір не можна визнати правочином з установленою скасувальною обставиною (ч. 2 ст. 212 ЦК), оскільки щодо обставини невідомо, настане вона чи ні. Смерть же відчужувача обов'язково настане, сторони не можуть знати лише її час.

§ 3. Права та обов'язки сторін

Набувач за договором довічного утримання (догляду) зобов'язується систематично забезпечувати відчужувача утриманням та (або) доглядом. Таке утримання може полягати як у матеріальному (в натуральному чи грошовому) забезпеченні, так і у наданні догляду. Види забезпечення та догляду сторони зазначають в договорі. Це може бути надання житла, харчування, забезпечення необхідним одягом, виплата грошових сум, медичне обслуговування, санаторно-курортне лікування, прибирання квартири (будинку) тощо. Особливо закон виділяє зобов'язання набувача із забезпечення відчужувача житлом у будинку (квартирі), переданому за договором довічного утримання (догляду). Якщо сторони включають такий вид надання відчужувачу у договір, то закон (ст. 750 ЦК) вимагає, щоб у договорі була конкретно визначена та частина помешкання, у якій відчужувач має право проживати. Інші види забезпечення повинні відповідно до суті відносин за договором довічного утримання (догляду) надаватися відчужувачу систематично. Згідно зі ст. 751 ЦК матеріальне забезпечення, яке щомісяч-

но має надаватися відчужувачу, підлягає грошовій оцінці. Остання індексується у порядку, встановленому законом.

Незважаючи на важливість і безспірну доречність визначення видів утримання (догляду) відчужувачу, ця умова законодавцем не відноситься до істотних. Відповідно до ч. 1 ст. 749 ЦК у договорі лише можуть, а не повинні бути визначені всі види матеріального забезпечення, а також усі види догляду (опікування), якими набувач має забезпечити відчужувача. Якщо ж обов'язки набувача не були конкретно визначені або у разі виникнення потреби забезпечити відчужувача іншими видами матеріального забезпечення та догляду, спір має вирішуватися відповідно до засад справедливості та розумності. У 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, положення ст. 749 ЦК мають застосовуватися лише у разі виникнення потреби забезпечити відчужувача іншими видами матеріального забезпечення та догляду, що не були передбачені сторонами на момент укладення договору і необхідність у яких виявилася у відчужувача пізніше. Оскільки договір довічного утримання (догляду) укладається для надання матеріального забезпечення та догляду (опікування) відчужувачу, види, розмір, порядок, строки надання утримання (догляду) повинні бути передбачені сторонами у договорі, а не визначатися судом відповідно до засад справедливості та розумності¹.

Отже, набувач за договором довічного утримання наділений наступними обов'язками: надавати відчужувачу довічне матеріальне забезпечення (у натуральній та грошовій формі) та/або догляд (опікування) у строки, передбачені договором; забезпечити відчужувача житлом (у разі, якщо такий обов'язок передбачений договором); поховати відчужувача, навіть якщо такий обов'язок не був встановлений договором (ч. 3 ст. 749 ЦК). При цьому, якщо частина майна відчужувача перейшла до його спадкоємців, то витрати на поховання повинні бути справедливо розподілені між ними та набувачем.

Стаття 754 ЦК встановлює такі засоби забезпечення виконання договору довічного утримання (догляду) :

– 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 цього май-

¹ Саме тому предметом договору довічного утримання (догляду) повинно виступати матеріальне забезпечення та догляд (опікування) поряд з майном, яке передається взамін на це утримання (догляд).

на не припиняє дію договору довічного утримання і не є підставою для припинення чи зменшення обсягу його обов'язків перед відчужувачем.

Договір довічного утримання (догляду) належить до **фідуціарних** договорів і передбачає особисте виконання набувачем обов'язків. Лише у разі неможливості подальшого виконання особою обов'язків набувача з підстав, що мають істотне значення, обов'язки останнього за договором можуть бути передані за згодою відчужувача члену сім'ї набувача (тобто особі, йому близької) або іншій особі за згодою сторін.

До прав набувача належить право вимагати розірвання договору довічного утримання (догляду). Слід зазначити, що набувач при його реалізації не обмежений ніякими умовами та поважними причинами (ст. 755 ЦК).

Відчужувач має право: вимагати від набувача належного виконання **передбачених** договором обов'язків (статті 749, 750 ЦК); замінити **майно**, передане за договором довічного утримання набувачеві за його згодою (ст. 753 ЦК); вимагати розірвання договору в судовому порядку в разі невиконання чи неналежного виконання набувачем своїх обов'язків, незалежно від його вини (ст. 755 ЦК).

§ 4. Припинення договору

Договір довічного утримання (догляду) припиняє свою дію, за загальним правилом, зі смертю відчужувача (ч. 2 ст. 755). Оскільки обов'язки набувача забезпечувати відчужувача утриманням та (або) доглядом повинні виконуватися протягом життя останнього, смерть відчужувача припиняє зобов'язання його виконанням (ст. 599 ЦК).

Цей договір також може бути припинено за домовленістю набувача та відчужувача (ст. 604 ЦК); поєднанням набувача та відчужувача у одній особі (наприклад, у разі спадкування – ст. 606 ЦК); звільненням відчужувачем одержувача від його обов'язків за договором, тобто прощенням боргу (ст. 605 ЦК).

Розірваним на вимогу однієї із сторін договір довічного утримання відповідно до ст. 755 ЦК може бути як на вимогу набувача, так і відчужувача майна.

На вимогу відчужувача майна цей договір може бути розірваний за рішенням суду в разі невиконання чи неналежного виконання набувачем своїх обов'язків, незалежно від його вини (ч. 1 ст. 755 ЦК). У такому випадку відчужувач набуває право власності на майно, яке він передав за договором, і відповідно має право вимагати від набувача його повернення (ст. 756 ЦК). При цьому витрати набувача на утримання або догляд відчужувача поверненню не підлягають.

Договір довічного утримання (догляду) може бути розірваний за рішенням суду **на вимогу набувача** (ч. 1 ст. 755 ЦК). Закон не встановлює ніяких умов, причин або випадків для розірвання договору довічного утримання (догляду) на вимогу набувача. Це може статися, на-

приклад, у разі неможливості останнім 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 відповідно до ч. 2 ст. 756 ЦК.

Під час строку дії договору довічного утримання можуть настати обставини, які можуть істотно вплинути на дію договору. Як такі закон називає смерть набувача (фізичної особи) або припинення юридичної особи-набувача.

У разі смерті фізичної особи-набувача настають юридичні наслідки, передбачені ст. 757 ЦК:

– права та обов'язки набувача, що помер, переходять до його спадкоємців, до яких перейшло право власності на майно, передане відчужувачем;

– якщо спадкоємець за заповітом відмовився від прийняття у спадщину майна, переданого відчужувачем, то право власності на нього може перейти до спадкоємця за законом;

– відчужувач набуває право власності на майно, передане ним за договором довічного утримання (догляду), якщо у набувача немає спадкоємців або вони відмовилися від прийняття майна, переданого відчужувачем. У цьому разі договір довічного утримання припиняє свою дію.

У випадку 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. Майно, за ним передане, переходить до відчужувача;

– у разі ліквідації юридичної особи-набувача майно перейшло до її засновника (учасника), то права і обов'язки за договором переходять до нього.

Розділ Х. Zobov'язання, що виникають у зв'язку з передачею майна у користування

Глава 40. ДОГОВІР НАЙМУ (ОРЕНДИ)

§ 1. Загальні положення про договір найму (оренди)

За договором найму (оренди) одна сторона (наймодавець) передає або zobov'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 zobov'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 zobov'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, Законом України «Про лізинг» допускається участь у зазначених правовідносинах лише суб'єктів підприємницької діяльності.

Предметом договору найму може бути річ, визначена індивідуаль-

ними ознаками і яка 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 (ст. 765 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). У тому разі, якщо наймодавець надав майно у неналежному стані, наймач має право вимагати зменшення орендної плати.

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 у 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.

Беззаперечно, у тому випадку, якщо наймодавець гарантує якість речі протягом всього 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 зносу¹.

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 збит-

¹ Мороз М. В. Правові питання оренди майна державних підприємств: Дис. канд. юрид. наук. – Харків, 2000. – С. 108.

ків. 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 із звичайного користування майном і не пов'язана з істотним псуванням або зношенням основних складових майна.

Капітальний ремонт речі, переданої у найм, провадиться наймодавцем за його рахунок, якщо інше не встановлено договором або законом. Капітальним є такий 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 тому випадку, якщо при проведенні ремонту мають місце конструктивні зміни у майні, які підвищують ефективність його використання, мова йде 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 нові додаткові якості, 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 ре-

зультаті 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 якої 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 упушень 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 наймач 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, – в розумний строк.

Наймач, який належно виконує свої обов'язки за договором найму, в 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; в 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 най-

му, 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 у 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 прокату¹

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 буде 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

¹ 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.

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 1978р.¹

Проте в сучасних умовах наймачі – юридичні особи або фізичні особи-підприємці не можуть використовувати предмет прокату для отримання прибутку.

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). А, звідси, 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 у 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.²). На сьогодні вони повинні бути приведені у відповідність з новим ЦК.

Договір прокату також визначається як **публічний договір** (ч. 3

¹ Див.: Бюллетень нормативних актів министерств и ведомств СССР. – 1979. – № 1. – С. 41.

² Типові договори визнавались нормативними актами і підлягали застосуванню у обов'язковому порядку.

ст. 787 ЦК), що створює наймачам додаткові гарантії захисту їх інтересів¹. 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 необґрунтованої 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 сторін його 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 з переданням речі наймачу. Ця передача повинна розглядатися як виконання укладеного договору прокату з боку наймодавця².

ЦК не висуває окремих вимог до форми договору прокату. Тому, виходячи із загальних правил, що містяться у ст. 639 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 відмітити, що для нього не достатньо 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 раніше, сторони можуть обумовити у договорі її використання для виробничих потреб.

Відрізняльною ознакою договору прокату є його предмет, яким може бути лише рухома річ³, тобто неспоживна, індивідуально ви-

¹ Гражданское право России. Обязательственное право. Курс лекций / Отв. ред. О.Н. Садилов. – М.: Юристъ, 2004. – С. 285.

² Брагинский М. И., Витрянский В. В. Договорное право. Книга вторая: Договоры о передаче имущества. – М.: Статут, 2000. – С. 441–442.

³ Викликає подив, що, коментуючи ст. 788 ЦК А.І. Дришток як предмет договору прокату розглядає нежиле приміщення (див.: Цивільний кодекс України: Коментар. – Харків: ТОВ «Одісей», 2003. – С. 542). Це суперечить ст. 788 ЦК, бо відповідно до закону нежиле приміщення – об'єкт нерухомості.

значена, яка використовується для задоволення побутових невиробничих 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 діяльності¹, найчастіше – спеціалізовані 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», конструювання 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)², 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 відповідно до тривалості фактичного користування нею (ст. 790 ЦК).

§ 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

¹ Існує точка зору, що саме виступ на стороні наймодавця-професіонала, незалежно від того, хто буде виступати на боці наймача, є необхідною і достатньою ознакою договору прокату (див.: *Романець Ю.В.* Система договорів в гражданском праве России. – М.: Юристъ, 2001. – С. 333.).

² Див.: § 1 цієї глави.

користування нею іншої 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 сфері¹. Відносини, пов'язані з наймом (орендою) землі, регулюються, окрім ЦК, Земельним кодексом України (далі – ЗК), Законом України «Про оренду землі» від 6 жовтня 1998 р. у редакції Закону від 2 жовтня 2003 р. (далі – Закон «Про оренду землі»), 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 у 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 (ст. 126 ЗК).

Орендодавцями земельних ділянок, що перебувають у комунальній власності, є сільські, селищні, міські ради у межах повноважень, визначених законом. Орендодавцями земельних ділянок, які перебувають у спільній власності територіальних громад, є районні, обласні ради та Верховна Рада Автономної Республіки Крим у межах повноважень, передбачених законом. Орендодавцями земельних ділянок, що перебувають у державній власності, є районні, обласні, Київська і Севастопольська міські державні адміністрації, Рада міністрів Авто-

¹ У цьому параграфі йдеться про найм (оренду) земельної ділянки після виділення її у 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 переукладання договорів оренди земельної частки (паю) на договори найму (оренди) земельної ділянки.

номної Республіки Крим та Кабінет Міністрів України у межах повноважень, визначених законом¹.

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, передбачених 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 знаходяться, а також розповсюджується на простір, що знаходиться 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 знаходяться на ній, або без них (ч. 1 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 з них.

Цей договір підлягає державній реєстрації (ст. 18 Закону «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 останню, визначені постановою Кабінету Міністрів України від 25 грудня 1998 р. № 2073 «Про затвердження Порядку державної реєстрації договорів оренди землі». 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.

¹ 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.

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 у натурі (на місцевості); акт приймання-передачі об'єкта оренди; проект відведення земельної ділянки у випадках, передбачених законом, зокрема, якщо земельна ділянка передається в оренду зі зміною її цільового призначення. Відсутність вказаних документів може бути підставою для визнання договору недійсним.

У ст. 15 Закону «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. 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 із 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 «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 (ст. 2 Закону «Про плату за землю» у ред. Закону від 19 грудня 1996 р.). За користування земельною ділянкою наймач (орендар) зобов'язаний сплачувати най-

модавцю (орендодавцю) **орендну плату**¹, розмір, форма та строки внесення якої узгоджуються сторонами у договорі. 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.

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 відробіткової (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 (за наявності таких), а також обмеження у 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 укладання договору земельного сервітуту під час укладання договору на оренду землі, проте якщо у договорі оренди земельної ділянки не передбачено умови (один з 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 «Про оренду землі». Права та обов'язки сторін мають взаємний характер, тобто обов'язку однієї сторони кореспондує право другої. Чинне законодавство надає орендареві економічну самостійність, однак орендодавець наділений правами, що дають йому можливість контролювати процес

¹ Орендна плата за земельну ділянку є однією з форм плати за землю в Україні, яка справляється у двох формах: земельного податку та орендної плати.

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 у 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) у 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 в суборенду, якщо таке право передбачено договором оренди. У разі, 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 земельної ділянки, у разі припинення або розірвання договору оренди земельної ділянки 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 ділянки¹.

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

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 чи їх окрему частину в користування за плату на певний строк.

У разі неврегулювання певних відносин, що впливають з договору найму будівлі або іншої капітальної споруди (далі – будівлі), у договорі чи 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 його умов, якщо момент укладення договору не пов'язаний з передачею будівлі наймачу. В 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 наступне їх визначення.

Споруди – це будівельні системи, пов'язані із землею, які створені

¹ Постанова КМУ «Про затвердження Порядку державної реєстрації договорів оренди землі» встановлює єдині умови реєстрації договорів оренди та суборенди земельних ділянок.

з будівельних матеріалів, напівфабрикатів, устаткування та обладнання в результаті виконання різних будівельно-монтажних робіт¹.

Будівлі – це споруди, що складаються з несучих та огороджувальних або сполучених (несучо-огороджувальних) конструкцій, які утворюють наземні або підземні приміщення, призначені для проживання або перебування людей, розміщення устаткування, тварин, рослин, а також предметів².

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 чи 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 ст. 811).

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 працівників, розміщення матеріалів, устаткування тощо) протягом обмеженого періоду часу. По-друге, такі споруди, як правило, не мають ознак капітального будівництва, зокрема, у них відсутній фундамент, укріпленій у землю.

Незавершене будівництво також не є предметом цього договору. Об'єкт незавершеного будівництва має ознаки нерухомості, але останній ще не прийнятий в експлуатацію та відповідно не здійснено державну реєстрацію прав на цей об'єкт (ст. 182). Це унеможливує укладення договору найму незавершеного будівництва, зокрема, нотаріального посвідчення та державної реєстрації договору.

¹ Див.: Державний класифікатор будівель та споруд ДК 018-2000. Затверджений наказом Держстандарту України від 17 серпня 2000 р. № 507 // Програмний продукт «Нормативні акти України». – Версії 8.4.0.0. // www.nau.kiev.ua.

² Див.: Там же.

Будівля або інша капітальна споруда, що є предметом договору найму, може бути визначена через наступні ознаки. **Будівля (капітальна споруда)** – це нерухоме майно капітального типу, прийняте до експлуатації та призначене для нежилых цілей.

Будівлі та споруди, будучи єдиним об'єктом права, мають складну внутрішню структуру, частини, що їх складають. 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.

Передавання 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 передавання цього об'єкта. Момент же передавання будівлі за договором найму має важливе правове значення, тому що саме з ним пов'язуються такі наслідки як початок та закінчення строку договору найму.

Передаднню 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 визна-

чена 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 КМУ від 20 листопада 2003 р. № 1787 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 правові наслідки, передбачені ст. 218 ЦК. У разі укладення договору найму будівлі, іншої капітальної споруди або їх окремої частини строком на один рік 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 складають 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.

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-який час, письмово попередивши про це другу сторону за три місяці.

§ 5. 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 чи юридична особа, які є власниками транспортного засобу або мають майнові права на нього.

Наймачем може бути також юридична або фізична особа. У разі, якщо користування транспортним засобом пов'язано із здійсненням перевезення (пасажирів, багажу, вантажу, пошти), наймачем висту-

пає 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 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).

Повітряне судно – це літальний апарат, що тримається у атмосфері за рахунок його взаємодії з повітрям, відмінної від взаємодії з повітрям, відбитим від земної поверхні, і здатний маневрувати у тривимірному просторі.

Морським або річковим судном визнається самохідний чи несамохідний плавучий засіб, 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 состав (вагони, локомотиви, моторейковий транспорт).

Специфіка транспортного засобу як об'єкта цивільних прав полягає у 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 із 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 названого засобу з екіпажем, що його обслуговує. За цим договором управління і технічна

експлуатація транспортного засобу здійснюється особами, які перебувають у трудових відносинах з наймодавцем. Наприклад, згідно зі ст. 207 Кодексу торговельного мореплавства України при фрахтуванні судна за тайм-чартером судновласник зобов'язаний спорядити та укомплектувати судно екіпажем, а також підтримувати останнє протягом терміну 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 разі, якщо 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).

Зміст договору найму транспортного засобу складають 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 ні. Наймодавець має найбільший перелік обов'язків за консенсуальним договором найму транспортного засобу з екіпажем, а найменший – за реальним договором найму транспортного засобу без екіпажу¹.

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 у найм транспортного засобу (якщо інше не передбачено договором)².

У ЦК не встановлено особливої процедури передачі та повернення

¹ 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 його страхування (ч. 1 ст. 802 ЦК).

² На нашу думку, витрати, пов'язані з використанням транспортного засобу, які за ч. 2 ст. 801 ЦК несе наймач, не охоплюють витрати на його капітальний ремонт.

орендованих транспортних засобів. Вважаємо, 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.23 Закону «Про автомобільний транспорт» визначає, що автомобільні транспортні засоби повинні відповідати наступним вимогам: не загрожувати безпеці осіб, які ними користуються, або іншим учасникам руху; рівень шкідливих речовин, що виділяються ними, не повинен перевищувати встановлені законодавством показники; не спричиняти нищення доріг та їх облаштування; забезпечувати достатнє поле огляду водієві, а також легке, зручне і повне користування засобами керування, гальмування, сигналізації та освітлення дороги; не спричиняти радіоелектричних перешкод вище встановленого рівня.

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 встановлюються 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.

Протягом дії договору найму тягар утримання транспортного засобу переходить від наймодавця до наймача. Останній зобов'язаний підтримувати транспортний засіб у належному технічному стані. Підтримання останнього у технічно справному стані 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 дорожньо-транспортних засобів автомобільного транспорту, затвердженим наказом Міністерства транспорту України від 30 березня 1998 р. № 102. 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, 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 з втратою або пошкодженням транспортного засобу, виникає на загальних підставах, а саме – при наявності його вини.

Обов'язки із здійснення страхування розподіляються між наймодавцем і наймачем залежно від об'єкта страхування.

Згідно з пп. 8, 9, 32 ст. 7 Закону «Про страхування» (у ред. від 4 жовтня 2001 р. № 2745) страхування відповідальності морського перевізника, власників 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 із сторін договору найму транспортного засобу здійснює обов'язкове особисте страхування водіїв (екіпажу) від нещасних випадків. Вважаємо, 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 у 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 недійсність. Заперечення однією із сторін факту укладення договору найму транспортного засобу може доводитися будь-якими доказами, передбаченими ЦПК України, крім показань свідків. Якщо ж однією із сторін договору найму транспортного засобу є фізична особа, він підлягає нотаріальному посвідченню¹.

Особливості найму певних видів транспортних засобів врегульовані транспортними статутами та кодексами, зокрема Повітряним кодексом України, Кодексом торговельного мореплавства України.

Згідно зі ст. 61 Повітряного кодексу України 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 впливають з договору фрахтування суден, регулюються розділом 6 Кодексу торговельного мореплавства України. Так, за договором фрахтування судна на певний час судовласник 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 впливають з договору найму (оренди) транспортного засобу, застосовуються загальні положення про найм (оренду), якщо інше не передбачено спеціальними нормами або умовами договору.

¹ 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.

§ 6. Договір лізингу¹

В Україні нормативне регулювання лізингових відносин вперше здійснено Законом України «Про лізинг» від 16 грудня 1997 р.², хоча лізинг як вид майнового найму був відомий і застосовувався на практиці задовго до прийняття зазначеного Закону³. В сучасних умовах регулюванню лізингових відносин присвячений Закон України «Про фінансовий лізинг» та § 6 глави 58 ЦК.

Договір лізингу – 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 з 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*, якщо для укладення договору не достатньо досягнення згоди сторін за всіма його істотними умовами, а необхідна ще передача речі – предмета лізингу (ч. 2 ст. 640 ЦК). Очевидно, 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 у тому, що лізингодавець передає лізингоодержувачу спеціально придбане за специфікаціями або на умовах, висунутих останнім, майно, на виконання вже укладеного договору лізингу. В 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 лізин-*

¹ Конструкція лізингу (як і сам юридичний термін) прийшла у Європу, а потім поширилася по 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 передача майна у оренду, і власне лізинг як різновид оренди. Саме останнє значення зазнало поширення у світі.

² Відомості Верховної Ради України. – 1998. – № 16. – Ст. 68. На сьогодні діє в редакції від 11 грудня 2003 р. як Закон України «Про фінансовий лізинг» // Урядовий кур'єр. – 2004. – № 8. – Ст. 10 (далі – Закон).

³ Про це свідчить, наприклад, розпорядження Кабінету Міністрів України «Про проведення сільськогосподарськими товаровиробниками розрахунків за поставлені на умовах лізингу трактори» № 708-р від 21 листопада 1995 р.; наказ Фонду Державного майна України «Про забезпечення розвитку і регулювання лізингу» № 1365 від 12 листопада 1996 р.

гу, особливості яких передбачаються законом (ч. 3 ст. 806). Якщо ЦК містить визначення тільки прямого та непрямого лізингу, то Закон наводить 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 останньому на визначений строк не менше одного року за встановлену плату (лізингові платежі). Строк користування річчю за договором *фінансового лізингу*, як правило, порівняний 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 у 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 лише перейменування сторін (наймача у лізингоодержувача, а наймодавця – у лізингодавця) не може нічого змінити у сутності відносин. Тому вважаємо, що основна увага повинна бути приділена правовій природі договору *фінансового (непрямого) лізингу*.

В юридичній літературі як вид лізингу виділяється *оперативний лізинг* та як форма лізингу *зворотний, міжнародний, пайовий* тощо¹.

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 останньої неодноразово передавати її у 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 у лізинг. *Зворотний лізинг* теж не можна вважати фінансовим (непрямим) лізингом, оскільки і у цьому випадку відсутня його основна кваліфікуюча ознака – придбання лізингодавцем речі у продавця у відповідності зі специфікаціями й умовами, зазначеними лізингоодержувачем.

¹ Вказані види та форми лізингу раніше регулювалися Законом України «Про лізинг», а у сучасних умовах згадуються лише у ст. 292 ГК.

Під міжнародним лізингом, як правило, розуміють договір лізингу, що укладається суб'єктами лізингу, які перебувають під юрисдикцією різних держав, або у разі, якщо майно чи платежі перетинають державні кордони. Варто зазначити, що виділення міжнародного лізингу в особливу його форму 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 договору¹.

Пайовий лізинг – це здійснення лізингу на основі укладення багатостороннього договору із залученням одного або декількох 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 у тимчасове, відплатне користування.

Однак договору лізингу властиві ознаки, що дозволило законодавцеві у ЦК виділити його в окремий вид. Так, основні конструктивні відмінності лізингу від інших різновидів договору найму наступні.

По-перше, 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.

По-друге, на момент укладання 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.

По-третє, договір лізингу укладається щодо речі, яку лізингодавець тільки має придбати для передання лізингоодержувачеві у 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 у 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 річчю, що існує на момент укладання договору та є у наявності у наймодавця (наприк-

¹ Див.: Оттавську конвенцію УНІДРУА 1988 р. з міжнародного фінансового лізингу. Україна до цієї Конвенції на час видання підручника не приєдналася.

лад, автомобілем марки «Таврія» з визначеними номерними агрегатами і конкретним державним номерним знаком).

По-четверте, найбільш яскраво договір лізингу виділяється з низки 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 їх продавця. 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 продавця¹, наче він сам був покупцем речі. У випадку, якщо вибір продавця зроблений лізингодавцем самостійно, зазначена вище відповідальність покладається на продавця і на лізингодавця солідарно. У інших видах договорів найму відповідальність за передачу речі неналежної якості покладається на наймодавця (статті 767, 768 ЦК).

У п'ятих, ризик випадкової загибелі або пошкодження речі – предмета лізингу несе лізингоодержувач, якщо сторони у договорі не врегулювали питання по-іншому. В інших же видах найму ризику традиційно несе власник речі, тобто наймодавець.

У шостих, для лізингу характерне звуження кола обов'язків лізингодавця у порівнянні з наймодавцем у загальній конструкції договору найму. Так, на лізингодавця не покладаються обов'язки з несення витрат на утримання переданого у лізинг майна, на його капітальний ремонт, якщо інше не передбачено договором. На лізингоодержувача ж покладаються додаткові обов'язки (у порівнянні з обов'язками наймача) з повного утримання майна і ризику випадкової його загибелі.

У сьомих, 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, котрий укладається на підставі та на виконання договору лізингу лізингодавцем з продавцем². Ці договори породжують два види зобов'язань (купівлі-продажу та лізингу). Виходячи з цього, вважаємо, що договір лізингу не єдиний трьохсторонній правочин, а складна структура договірних відносин, яка складається із зобов'язання з договору купівлі-продажу та, власне, із зобов'язання з договору лізингу³.

У восьме, суб'єктом відносин, пов'язаних безпосередньо з договором лізингу, виступає продавець майна. Для інших видів договорів

¹ За правилами статей 678 – 680 ЦК.

² Брагинский М. И., Витрянский В. В. Договорное право. Книга вторая: Договоры о передаче имущества. – М.: Статут, 2000. – С. 612.

³ У юридичній літературі також висловлюється думка про багатосторонній характер лізингового правочину. Ця позиція відображена і у згаданій Оттавській конвенції 1988 р.

найму відносини наймодавця з особою, у якої він придбав майно, що у 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, котра отримує право володіння та користування предметом лізингу від лізингодавця.

Закон «Про фінансовий лізинг», на відміну від раніше чинного Закону «Про лізинг», прямо не обмежує суб'єктний склад договору лізингу тільки особами–суб'єктами підприємницької діяльності, а лише зазначає, що на стороні лізингодавця може виступати тільки юридична особа. Але з огляду на те, що фінансовий лізинг є фінансовою послугою¹, лізингодавцем може бути юридична особа, яка набула статусу фінансової установи. Такою визнається юридична особа – суб'єкт підприємницької діяльності, яка відповідно до закону надає одну чи декілька фінансових послуг та котра внесена до відповідного реєстру в 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 з лізинговими компаніями, лізингодавцями можуть виступати також і банки².

Предметом договору лізингу може бути неспоживна річ, визначена індивідуальними ознаками та віднесена відповідно до законодавства до основних фондів³ (ч.1 ст.807 ЦК). Таким чином, мова йде 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 обмежено або виключено з 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 у Законі заборона передачі підприємства у лізинг протирічить встановленому ЦК правовому режиму такого об'єкта цивільних прав як підприємство.

¹ Це впливає з аналізу ст. 4 Закону України «Про фінансові послуги та державне регулювання ринків фінансових послуг» від 12 липня 2001 р. // Офіційний Вісник України. – 2001. – № 32. – Ст. 1457.

² Див. ст. 47 Закону України «Про банки та банківську діяльність» (ред. від 7 грудня 2000 р.) // ВВР України. – 2001. – № 5–6. – Ст. 30

³ Під основними фондами розуміються матеріальні цінності, що використовуються у господарській діяльності протягом періоду, який перевищує 365 календарних днів з дати введення в експлуатацію таких цінностей, та вартість котрих поступово зменшується у зв'язку з фізичним або моральним зносом (Закон України «Про оподаткування прибутку підприємств» від 28 грудня 1994 р. № 334/94-ВР (у ред. Закону України № 283/97-ВР від 22 травня 1997 р.) // Урядовий кур'єр. – 1997. – № 105–106.

Безумовно, предметом договору лізингу не можуть бути майнові права.

Майно, що перебуває у власності держави або територіальних громад та щодо якого відсутня заборона передачі у користування та/або володіння, теж може бути передано в лізинг у порядку, визначеному законодавством.

Форма договору лізингу. В ст. 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 не доцільна.

Законодавство не містить вказівки на нікчемність договору лізингу внаслідок недодержання письмової форми. Наслідки недоліків письмової форми цього договору загальні та впливають з ч. 1 ст. 218 ЦК.

Істотні умови договору лізингу. Договір лізингу буде укладеним, якщо сторони досягнуть згоди з наступних 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 із 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 у 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. 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, котрий 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, у порівнянні з 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 встановле-

них лізингоодежувачем специфікацій та умов у продавця, або вказаного лізингоодежувачем, або обраного на власний розсуд;

– передати придбаний у продавця предмет лізингу лізингоодежувачу у встановлений договором строк. Саме цей обов'язок лізингодавця ще раз підкреслює, що сторонами за цим договором є лізингодавець і лізингоодежувач, продавець майна не є стороною договору лізингу. Між тим, як впливає із законодавства, продавець (постачальник) несе відповідальність перед лізингоодежувачем, 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 чи випадкового пошкодження предмета договору лізингу в разі прострочення його передання лізингоодежувачу (ч. 2 ст. 809 ЦК). Вважаємо, вказане не впливає на вирішення цього питання, а лише свідчить про застосування такої конструкції як договір на користь третьої особи, де як така у даному випадку виступає лізингоодежувач (ст. 636 ЦК);

– передати предмет лізингу лізингоодежувачеві у стані, що відповідає його призначенню і умовам договору, та попередити лізингоодежувача про відомі йому особливі властивості і недоліки предмета лізингу, що можуть становити небезпеку для життя, здоров'я, майна лізингоодежувача 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 з його утримання не цілком покладені на лізингоодежувача;

– прийняти предмет лізингу в разі дострокового розірвання договору лізингу або у випадку закінчення строку користування предметом лізингу;

– відшкодовувати лізингоодежувачу витрати на поліпшення предмета лізингу, на його утримання або усунення недоліків у порядку та випадках, передбачених договором.

– набуваючи майно для лізингоодежувача, повідомити продавця про те, що це майно призначене для передачі у 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 лізингоодежувачу, а також, що за ст. 809 ЦК можлива конструкція договору лізингу, за якою передання речі лізингоодежувачу 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 у кредит) кошти. В останньому випадку

компенсація відсотків за залученим лізингодавцем кредитом може бути включена у склад лізингових платежів (п.а ч. 2 ст. 16 Закону);

– здійснювати перевірки дотримання лізингоодержувачем умов користування предметом лізингу та його утримання;

– стягувати у 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 і 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, наданого у користування, включаючи його капітальний та поточний ремонт;

– письмово повідомляти про порушення строків проведення або непроведення 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 зазначених вище подій чи фактів, якщо інше не встановлено договором;

– письмово повідомляти лізингодавця, а у гарантійний строк і продавця предмета лізингу про всі випадки виявлення несправностей предмета лізингу, його поломок або збоїв у роботі;

– у разі закінчення строку лізингу, а також у випадку дострокового розірвання договору лізингу та у інших випадках дострокового повернення предмета лізингу – повернути предмет лізингу в стані, в якому його було прийнято у володіння, з урахуванням нормального зносу, або у стані, обумовленому договором.

Лізингоодержувач має наступні 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. В 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 останні 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 предмети лізингу в сублізинг третім особам. За Законом (ст. 5) лізингоодержувач має право за письмовою згодою лізингодавця передати отриманий від нього предмет лізингу в сублізинг третій особі у користування за плату на погоджений строк. Очевидно, що стосовно до сублізингоодержувача первісний лізингоодержувач є лізингодавцем. У користування він передає сублізингоодержувачеві річ не придбану спеціально у продавця, а отриману раніше від первісного лізингодавця. Не важко помітити, що у цьому випадку, як і у зазначених вище випадках *зворотного* та *прямого лізингу*, відсутня основна кваліфікуюча ознака фінансового лізингу – придбання лізингодавцем речі у продавця у відповідності зі специфікаціями й умовами, вказаними лізингоодержувачем, для передачі її у користування. Тому в даному випадку доречніше вести мову про піднайм, а не про лізингові відносини. Між тим законодавець встановив, що до договору сублізингу застосовуються положення про договір лізингу, якщо інше не передбачено останнім. Первісний лізингодавець та сублізингоодержувач не знаходяться 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 і виконання грошових зобов'язань за договором сублізингу безпосередньо йому.

Також слід зазначити, що лізингоодержувачу забезпечується захист його права володіння предметом лізингу нарівні із захистом, встановленим законодавством щодо захисту прав власника (статті 387, 391 ЦК). 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 наступний розподіл ризиків. Ризик випадкового знищення або випадкового пошкодження предмета лізингу несе лізингоодержувач, якщо інше не встановлено договором чи законом.

Якщо лізингодавець або продавець (постачальник) прострочили передання предмета договору лізингу лізингоодержувачу чи лізингоодержувач прострочив повернення предмета договору лізингу лізингодавцю, ризик випадкового знищення або випадкового пошкодження несе сторона, яка прострочила.

Не зважаючи 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 чинним Законом «Про лізинг»¹. 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 у 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).

Наслідки порушення договору лізингу. В 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 наступних 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 його повернення 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 її продавця у випадку, коли вибір останнього здійснений самостійно лізингоодержувачем. Лізингоодержувач наділяється правами вимоги до продавця, наче він був сам покупцем речі.

¹ Після закінчення строку договору фінансового лізингу предмет лізингу переходив у власність лізингоодержувача.

У разі, якщо вибір продавця був зроблений лізингодавцем самостійно, зазначена вище відповідальність покладається на продавця і на лізингодавця солідарно.

Глава 41. ДОГОВІР НАЙМУ (ОРЕНДИ) ЖИТЛА

Договір найму житла є однією з форм реалізації конституційного права людини на житло (ст. 47 Конституції). Це основний договір, що опосередковує його передачу у користування.

Інтеграція житлової сфери у загальну систему ринкових відносин, формування ринку житла та перехід на нові, властиві ринковій економіці засади задоволення житлової потреби, обумовили суттєві зміни у відносинах найму житла. В 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 у публічних (державному та комунальному) житлових фондах опосередковує розподільні відносини житлової сфери, врегулювання котрих здійснюється житловим законодавством, серед якого основним актом є Житловий кодекс УРСР¹ (далі – ЖК). На сьогодні ЖК встановлює порядок забезпечення громадян житлом та користування ним у зазначених житлових фондах.

Відносини з найму житла у будинках державного та комунального житлових фондів мають певні особливості. Так, житло у цих фондах надається лише громадянам України, які визнаються такими, що потребують поліпшення житлових умов, і котрі перебувають на відповідному обліку. Укладається договір найму тільки на підставі рішення компетентного органу про надання житла та виданого громадянину ордеру на житлове приміщення. Права, обов'язки та відповідальність сторін чітко регламентовані ЖК і Типовим договором найму житла у будинках державного і комунального житлового фонду², на підставі яких й укладається договір, тощо³.

В сучасних умовах відносини з найму житла у публічних житлових фондах набувають яскраво виражений соціальний відтінок. Відповідно до Концепції державної житлової політики⁴ основним напрямом політики держави в житловій сфері є забезпечення житлом за рахунок держави соціально незахищених громадян України, до яких належать ті, які через своє соціальне становище не можуть самостій-

¹ Відомості Верховної Ради УРСР. – 1983. – № 28. – Ст. 547.

² Постанова Кабінету Міністрів України від 22 червня 1998 р. № 939 // Збірник урядових нормативних актів України. – 1998. – № 12. – Ст. 297.

³ Більш доклад. про договір найму житла у публічних житлових фондах див.: Житлове право України: Навч. посіб. / М. К. Галаянч, Г. І. Коваленко. – К.: Юрінком Інтер, 2002. – 480 с.; *Сліпченко С. О., Мічурін Є. О., Соболев О. В.* Житлове право України: Наук.-практ. посіб. – Харків: Еспада, 2003. – 344 с.

⁴ Постанова Верховної Ради України від 30 червня 1995 р. № 254 // Відомості Верховної Ради України. – 1995. – № 27. – Ст. 200.

но вирішити житлову проблему – малозабезпечені, інваліди, ветерани Великої Вітчизняної війни, військовослужбовці, особи, що постраждали внаслідок аварії на Чорнобильській АЕС, тощо. Вказаним 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 у повній мірі потребам сьогодення і не відображає соціальну спрямованість сучасної житлової політики держави. Між тим нині спостерігається оновлення житлового законодавства шляхом прийняття **нового Житлового кодексу України**¹.

Договір найму житла у приватному житловому фонді опосередковує ринкові відносини житлової сфери. У 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 ним доходу з наявного у нього житла.

На відміну від найму житла у публічних житлових фондах, укладення договору найму в 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 у найм, тощо. Будучи ринковими за своєю природою, відносини з найму житла у приватному житловому фонді формуються за принципом свободи договору (статті 6, 627 ЦК).

Договір найму житла у приватному житловому фонді є одним з цивільно-правових договорів. Він одержав своє правове регулювання в главі 59 «Найм (оренда) житла» (статті 810–826) ЦК. При цьому зазначається, що до договору найму житла застосовуються положення даного Кодексу, якщо інше не встановлено законом (ч. 3 ст. 810 ЦК)².

§ 1. Поняття договору найму (оренди) житла

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).

¹ Кабінетом Міністрів України розроблений проект нового ЖК, який опублікований для широкого обговорення. Розділ III (глава 1) проекту ЖК присвячується відносинам з найму житла у публічних житлових фондах соціального призначення // Голос України. – 2001. – № 63. – 7 квіт.

² Таким законом має стати новий Житловий кодекс України, як комплексний кодифікаційний акт, призначений врегулювати увесь спектр відносин фізичних та юридичних осіб у житловій сфері (ст. 4 проекту ЖК).

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 його істотними умовами, договір є консенсуальним. Якщо ж момент укладання договору визначено передачею житла у користування, це – реальний договір.

Названий 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). У окремих випадках наймодавцем може бути й уповноважена власником особа (наприклад, управитель за договором управління майном – ст. 1029 ЦК). Наймачем житла може бути як фізична, так й юридична особа. Однак, якщо наймачем є юридична особа, вона може використовувати житло лише для проживання у ньому фізичних осіб (ч. 2 ст. 813 ЦК), бо сучасне законодавство України закріплює принцип цільового використання житла. Згідно з даним принципом житло призначається виключно для проживання людини. Якщо вказаний принцип діє щодо власника житла, який має право використовувати помешкання тільки для власного проживання, проживання членів своєї сім'ї, інших осіб і не має право використовувати його для промислового виробництва (ч. 1 ст. 383 ЦК), то він тим більше повинен діяти стосовно наймодавця та наймача. Внаслідок цього юридична особа, що отримала житло на умовах найму, в подальшому може лише передавати його у 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, 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 декілька осіб, їх обов'язки за договором найму житла солідарні (ч. 3 ст. 816 ЦК). У цьому разі усі вони є **співнаймачами житла**, що тягне за собою виникнення зобов'язання з декількома особами на боці наймача.

Предметом договору можуть бути помешкання, зокрема, житловий будинок чи його частина, квартира або її частина (ч. 1 ст. 812 ЦК). ЦК називає і дає визначення поняттям «житловий будинок» та «квартира» як об'єкти права власності у главі 28 «Право власності на житло» (статті 380–382). Оскільки сторони самі вирішують: чи відповідає помешкання їх 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 і 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 визначені постановою Ради Міністрів УРСР від 26 квітня 1984 р. № 189¹. Проте цей нормативно-правовий акт регулює порядок визнання житла непридатним для проживання у публічних (державному та комунальному) житлових фондах, що потребує вирішення даного питання й стосовно приватного житлового фонду.

До складу помешкання, що є предметом договору найму, обов'язково входить житлове приміщення (одна чи декілька кімнат, частина кімнати). Не можуть бути самостійним предметом найму житла підсобні приміщення (наприклад, кухня, коридор, комора та інші). 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 також майном, що обслуговує будинок (ч. 3 ст. 812 ЦК).

Відповідно до ч. 1 ст. 821 ЦК договір найму житла укладається на **строк**, встановлений договором. Допускається укладення договору найму житла і без зазначення у ньому строку. В 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 з 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

¹ Зібрання постанов Уряду УРСР. – 1984. – № 5. – Ст. 31.

короткострокового договору найму житла договору на новий строк до одного року з тим же 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 та наймач – має як права, так й обов'язки.

Коло **обов'язків наймодавця** за договором найму житла залежить від того: є цей договір найму консенсуальним чи реальним. У консенсуальному договорі найму основний обов'язок наймодавця полягає у наданні житла наймачу. Хоча закон не передбачає правових наслідків невиконання наймодавцем зазначеного обов'язку, за загальним правилом, що діє у цивільному законодавстві, невиконання боржником (наймодавцем) обов'язку передати у користування річ, визначену індивідуальними ознаками (житло), кредитор (наймач) має право витребувати її 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 – 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 вказане 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 робити переобладнання житлового будинку, в якому знаходиться житло, передане у найм, якщо таке переобладнання істотно змінить умови користування ним (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 також розпоряджатися ним (наприклад, за згодою наймодавця передавати житло у користування піднаймачеві тощо).

Згідно з ч. 1 ст. 817 ЦК наймач та особи, які постійно проживають разом з ним, мають право за їх взаємною згодою та за згодою наймодавця **вселити у житло інших осіб** для постійного проживання у ньому. ЦК не передбачає будь-якого винятку з 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 останніх 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 його наймодавця; 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 між 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 – 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 (ч. 3 і ч. 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 з ним. 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 декілька з них, у цьому разі повинна бути згода наймодавця. Договір найму житла залишається чинним на попередніх умовах.

Зі 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 останній 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 предбання**.

Наймач несе відповідальність за порушення **обов'язків** щодо договору найма житла як ним самим, так й особами, котрі проживають разом з ним (ч. 2 ст. 816 ЦК).

Одним з основних обов'язків наймача є своєчасне внесення **плати за житло**. Розмір плати за користування ним встановлюється у договорі (ч. 1 ст. 820 ЦК).

Якщо законом передбачений 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, передбачений договором. Якщо строк внесення такої плати не встановлений договором, наймач вносить її щомісячно (ч. 3 ст. 820 ЦК). Крім плати за житло, наймач зобов'язаний вносити плату за комунальні послуги. Це він робить самостійно, якщо інше не встановлено договором найму (ч. 3 ст. 815 ЦК).

Наймач зобов'язаний забезпечувати **збереження житла** та підтримувати його у 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 до Конституції ніхто не може бути примусово позбавлений житла інакше, як на підставі закону за рішенням суду (ч. 3 ст. 47). Внаслідок 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 останнього плату за користування житлом за три місяці, якщо він доведе, що не міг укласти договір найму житла на таких самих умовах з іншою особою.

Наймач має право відмовитися від договору найму житла, якщо воно стало непридатним для постійного проживання у ньому. Як вже було зазначено, непридатність житла для постійного проживання обумовлена його санітарним і 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 триваліший строк, а при короткостроковому наймі – понад два рази;

– руйнування або псування житла наймачем чи 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 його рішення 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 його самого та членів сім'ї останнього. При цьому наймодавець повинен довести, 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 порушу-

ють 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 чи порушують права й 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.

Глава 42. ДОГОВІР ПОЗИЧКИ

Позичка – це договір, за яким одна сторона (позичкодавець) **безоплатно передає або зобов'язується передати другій стороні (користувачеві) річ для користування протягом встановленого строку (ст. 827 ЦК).**

До набрання чинності новим ЦК термін «позичка» використовувався у законодавстві також на побутовому рівні як синонім терміна «позика» (частіше за все, коли мова йшла про відносини між громадянами та кредитними установами). Новий ЦК повернув терміну «позичка» зміст стародавнього римського поняття *commodatum* – контракт, за яким індивідуально визначена річ передавалась у безоплатне користування. Отже, поняття «позики» і «позички» не є тотожними і відрізняються за наступними ознаками: 1) предметом позики є гроші та речі, визначені родовими ознаками; предметом позички – індивідуально визначені неспоживні речі; 2) предмет позики за договором передається у власність позичальника, а предмет позички передається лише у користування; 3) за договором позики позичальник повинен повернути ту саму суму грошей або ту саму кількість речей, визначених родовими ознаками тієї ж якості; за договором позички поверненню підлягає річ, надана у користування; 4) договір позики може бути як оплатним (процентним), так і безоплатним (безпроцентним); а договір позички є виключно безоплатним.

Найближчим договірним типом щодо позички є найм (оренда). Право, яке встановлюється договором позички, є таким самим, що й право за договором найму – користуватися річчю у відповідності з її призначенням. Тому до відносин позички застосовуються положення глави 58 ЦК про найм (ч. 3 ст. 827 ЦК). Однак, на відміну від найму, фундаментом позички як договірної типу є безоплатний характер відносин сторін.

Договір позички може бути як **реальним** («позичкодавець передає»), так і **консенсуальним** («позичкодавець зобов'язується передати»). Виходячи з легального визначення договору безоплатного користування, сторони самі мають визначити, яку конструкцію використати. Реальний договір позички є одностороннім, бо зустрічних

обов'язків він не породжує. Консенсуальний договір позички набуває двостороннього характеру: позичкодавець стає зобов'язаним передати річ у користування, а користувач – повернути річ у визначений термін¹.

Сторонами договору позички є позичкодавець та користувач. Позичкодавцем може бути як фізична, так і юридична особа, яка є власником майна або котра за договором має право розпорядитися річчю. Єдине обмеження, яке міститься у ЦК щодо можливості власника виступити у ролі позичальника, стосується юридичних осіб, котрі здійснюють підприємницьку діяльність. Такі юридичні особи не можуть укладати договори позички на користь осіб, які є їх засновниками, учасниками, керівниками, членами їх органів управління. Зазначені особи можуть прямо або опосередковано впливати на формування волі юридичної особи. Тому викладене обмеження спрямоване на недопущення зловживань з боку цих осіб та на захист інтересів самої юридичної особи, яка здійснює підприємницьку діяльність.

Обмежень щодо другої сторони – користувача законодавство не містить. Користувачами можуть бути будь-які фізичні чи юридичні особи.

Істотними умовами договору позички є його предмет та безоплатність. **Предметом** договору позички можуть бути індивідуально визначені речі, які зберігають свій первісний вигляд при неодноразовому використанні (неспоживні). Зрозуміло, що найпоширенішим предметом договору позички є речі побутового призначення, але ніщо не заважає сторонам укласти договір позички стосовно більш цінного майна, зокрема, земельних ділянок, будівель, споруд, обладнання, транспортних засобів, інших рухомих та нерухомих речей. Оскільки законодавець у визначенні позички використовує термін «річ», майнові права не можуть бути предметом цього договору (на відміну від договору найму).

Якщо у договорі відсутня достатня інформація щодо предмета, який має бути переданий у позичку, умова про **предмет** вважається непогодженою сторонами, а сам договір неукладеним.

Договір позички належить до **безоплатних** договорів. Користування річчю вважається безоплатним, якщо сторони прямо домовилися про це або якщо вказане впливає із суті відносин між ними (ч. 2 ст. 827 ЦК). Встановлення такого правила не є випадковим. Воно пояснюється тим, що договір найму може й не містити умови про плату за користування майном, однак, за своєю природою він є виключно оплатним. Якщо розмір плати не встановлений договором найму, він визначається з урахуванням споживчої якості речі та інших обставин, що мають істотне значення. Отже, можна вважати, якщо річ надається у користування, останнє презюмується оплатним; про інше сторо-

¹ Іншої точки зору дотримується А. А. Иванов (див.: Гражданское право: Учеб. Ч. II / Под ред. А. П. Сергеева, Ю. К. Толстого. – М.: Проспект, 1997. – С. 292.

ни повинні прямо домовитися у договорі або інше має впливати із суті відносин між ними.

Безоплатність позички не свідчить про відсутність у позичкодавця будь-якого інтересу стосовно укладення такого договору. Зокрема, позичкодавець може бути зацікавлений передати річ у безоплатне користування для того, щоб звільнити себе від витрат на утримання та збереження майна або задля реклами. Однак ці інтереси позичальника знаходяться за межами договору позички та не охороняються законом¹.

Щодо *строку*, то він не є суттєвою умовою договору позички. Якщо сторони не встановили строку користування річчю, він визначається відповідно до мети користування нею (ст. 831 ЦК).

Форма. Крім загальних норм про форму правочину, до позички застосовуються спеціальні норми ст. 828 ЦК. Зокрема, договір позички речей побутового призначення між фізичними особами може укладатися усно (отже, його вчинення може доводитися показаннями свідків). Договори позички стосовно інших речей між фізичними особами мають укладатися у письмовій формі. Письмова форма необхідна також для оформлення відносин позички між юридичними особами, юридичними та фізичними особами. Нотаріальному посвідченню підлягають договори позички транспортного засобу, в яких хоча б однією стороною є фізична особа, а також договори позички будівлі або іншої капітальної споруди, їх окремої частини (крім договорів найму житла), укладені на один рік і більше.

Питання про те, чи підлягає договір позички нерухомого майна державній реєстрації, у ЦК не вирішене, оскільки норма, аналогічна ст. 794 ЦК, у главі 60 ЦК відсутня. Однак у п. 106 Інструкції про порядок вчинення нотаріальних дій нотаріусами України, затвердженої наказом Мініюсту України від 3 березня 2004 р. № 20/ 5², роз'яснюється, що при посвідченні договорів найму або позички будівлі, іншої капітальної споруди (їх окремої частини) нотаріус роз'яснює сторонам також необхідність їх державної реєстрації у відповідних органах, про що робиться відмітка у тексті посвідчувального напису. Може йтися, що Інструкція «виправила» недолік, наявний у ЦК. Право користування річчю за договором позички, безсумнівно, обмежує право власності на нерухомість, а, отже, має підлягати реєстрації. Залишається лише сподіватися, що у майбутньому це питання буде вирішено на рівні ЦК.

Зміст договору позички. Обсяг обов'язків позичкодавця залежить від того: визначений договір позички як реальний чи як консенсуальний. Консенсуальний договір позички (на відміну від реального) передбачає обов'язок позичкодавця передати користувачеві річ у відпо-

¹ Брагинский М. И., Витрянский В. В. Договорное право. Книга вторая: Договоры о передаче имущества. – М.: Статут, 2000. – С. 760–761.

² Офіційний вісник України. – 2004. – № 10. – Ст. 639.

відності з умовами договору. В разі невиконання цього обов'язку користувач має право вимагати розірвання договору та відшкодування завданих збитків (ст. 830 ЦК). Загальна норма ст. 620 ЦК про правові наслідки невиконання обов'язку передати річ, визначену індивідуальними ознаками, у даному випадку застосуванню не підлягає, бо її дія перебивається наявністю спеціальної норми ст. 830 ЦК.

Обов'язки позичальника стосовно предмета договору окремим чином не визначаються. Отже, слід керуватися нормами, що регулюють відносини найму (статті 767, 769, 776 ЦК). Позичкодавець зобов'язаний:

1) передати користувачеві річ у комплекті і у стані, що відповідають умовам договору позички та її призначенню;

2) попередити користувача про особливі властивості та недоліки речі, котрі йому відомі і які можуть бути небезпечними для життя, здоров'я, майна користувача або інших осіб чи призвести до пошкодження самої речі під час користування нею;

3) при укладенні договору повідомити користувача про обтяження речі, що надається у користування, тобто про її юридичні властивості, оскільки передання речі у позичку не припиняє і не змінює прав третіх осіб на неї. Невиконання позичальником визначеного обов'язку надає користувачеві право вимагати розірвання договору та відшкодування збитків.

Обов'язки користувача:

1) користуватися річчю відповідно до мети, визначеної у договорі, а у разі відсутності такої умови, згідно з призначенням речі (ч. 2 ст. 833 ЦК);

2) користуватися річчю особисто (але договором може бути передбачена можливість укладення користувачем стосовно цієї речі договору найму або субпозички);

3) здійснювати звичайні витрати щодо підтримання належного стану речі, переданої у користування. Законодавець не визначає, що слід розуміти під «звичайними» витратами. Однозначно може йтися, що цим терміном не охоплюється проведення капітального ремонту речі, який визначається як зміна (відновлення) основних частин (конструктивних елементів) останньої, без чого неможливе її використання за призначенням. Очевидно, під звичайними витратами слід розуміти: а) витрати на поточний ремонт, тобто на усунення недоліків речі, які не пов'язані із заміною її основних складових частин; б) витрати на обслуговування речі задля підтримання її у належному фізичному (технічному) стані; в) витрати на утримання речі, не пов'язані з усуненням недоліків, що виникли, та підтриманням належного фізичного (технічного) стану речі, але без яких використання останньої стає неможливим.

Невиконання користувачем визначених обов'язків надає позичальнику право вимагати розірвання договору позички та повернення речі (ч. 2 ст. 834 ЦК).

Після закінчення строку договору позички користувач має повернути річ позичкодавцеві «у такому стані, в якому вона була на момент її передання». Дана позиція законодавця може бути пояснена лише тим, що у житті частіше за все договори позички укладаються на нетривалий строк та стосовно речей, які не мають істотної цінності. Але, зрозуміло, що користування річчю передбачає також її нормальне зношування. Тому безпосередньо договором сторони можуть передбачити стан, у якому річ має бути повернена позичкодавцеві. Якщо після припинення договору користувач не повертає річ, позичкодавець має право вимагати її примусового повернення, а також відшкодування завданих збитків (ст. 836 ЦК).

Річ, надана у позичку, може бути відчужена позичкодавцем. Договір позички у цьому випадку не припиняється, а до набувача переходять права та обов'язки позичкодавця. Інакше кажучи, праву користування річчю за договором позички притаманна ознака слідування за річчю: «право слідує за річчю незалежно від переходу права власності на неї». Це ж правило діє і у разі універсального правонаступництва. Смерть фізичної особи-позичкодавця або реорганізація юридичної особи-позичкодавця не тягне за собою припинення договору позички.

Оскільки позичка має безоплатний характер, користувач, на відміну від наймача за договором найму, не має переважного права перед іншими особами на купівлю речі, переданої йому в користування. Особа, яка стала власником речі, переданої у користування, має право вимагати розірвання договору, що укладався без визначення строку. Про розірвання договору користувач має бути повідомлений заздалегідь, у строк, що відповідає меті позички.

Договір позички тісно пов'язаний з особою користувача. Тому він припиняється не тільки на загальних підставах, передбачених гл. 50 ЦК, а й у зв'язку із смертю фізичної особи або ліквідацією юридичної особи, яким майно передане у користування, якщо інше не встановлено договором. Це правило може бути пояснене тим, що договір позички має безоплатний характер і, частіше за все, пов'язує осіб, які знаходяться у дружніх, приятельських стосунках. Отже, прихильне ставлення позичальника до користувача не може автоматично поширюватися на його правонаступників.

У разі порушення користувачем своїх обов'язків за договором позичкодавець може вимагати розірвання договору в односторонньому порядку (пп. 2–4 ч. 2 ст. 834 ЦК). Позичкодавець може вимагати розірвання договору також у разі, якщо в зв'язку з непередбаченими обставинами річ стала потрібною йому самому (п. 1 ч. 2 ст. 834 ЦК).

У свою чергу користувач має право відмовитися від договору в односторонньому порядку і 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 не пізніше як за сім днів до повернення речі.

Розділ XI. Zobov'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 главу 61 ЦК (статті 837–891), що складається з чотирьох параграфів, перший з яких (статті 837–864 ЦК) містить загальні положення про підряд, а наступні – 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 складають загальні положення про підряд, застосовуються в субсидіарному порядку, співвідносячись з нормами, присвяченими окремим видам договору підряду, за правилами співвідношення загальних та спеціальних норм. Найвність 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 з 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 договору¹. Це

¹ Існує й інша точка зору. Так, М. В. Венецька розглядає договір на виконання науково-дослідних або дослідно-конструкторських і технологічних робіт як спеціальний вид договору підряду, означивши його як підряд на виконання НДР і ДКТР. Див.: Цивільне право України. Академічний курс: Підруч.: У 2-х томах / За ред. Я. М. Шевченко. – Т. 2. Особлива частина. – К.: Конперн «Видавничий Дім «Ін Юре», 2003. – С.116–120.

обумовлюється тим, що науково-дослідні, дослідно-конструкторські та технологічні роботи на відміну від робіт, що виконуються за договорами підяду, 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 підяду, а на замовника.

Відповідно до легального визначення, яке містить ч.1 ст.837 ЦК, *за договором підяду 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 підяду, вказуючи на те, що *договір підяду може укладатися на виготовлення, обробку, переробку, ремонт речі або на виконання іншої роботи з переданням її результату замовникові*.

Аналіз легального визначення приводить до наступних висновків. *По-перше*, змінилося визначення договору підяду, 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 котрих є виконання роботи за завданням замовника без застосування матеріалів, обладнання сторін (наприклад, переміщення вантажу тощо, але з передачею результату такої роботи замовникові).

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 своім 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 з самими діями (здійсненням діяльності) виконавця, існує як окреме явище – певне нематеріальне благо, споживається у процесі вчинення певної дії або здійснення певної діяльності, не набуваючи матеріалізованого вигляду (ч.1 ст. 901 ЦК)¹.

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 її хід і якість, не втручаючись у діяльність підрядника (ч.1 ст. 849 ЦК). Матеріалізований результат знаходить

¹ Більш доклад. про це див. главу 45 даного підручника.

своє відбиття і у створенні нової речі, і у поліпшенні якості або інших споживчих властивостей вже існуючої речі.

Договір підряду 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 підряду 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 підряду в певних випадках, коли, наприклад, мова йде 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 у певній мірі уніфікувати правові норми, які закріплюють передачу результатів роботи і майна у власність. Це стосується, наприклад, норм, які регулюють якість робіт за договором підряду 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 підряду застосовуються положення ст. 676 ЦК, якщо інше не встановлено договором або законом. При цьому, як слушно відмічається у юридичній літературі, дана уніфікація можлива остільки, оскільки їй не заважає спрямованість (мета) підрядного зобов'язання¹. Але, якщо йдеться, наприклад, про ремонт речі, то підрядник лише зобов'язаний повернути останню в оновленому вигляді замовнику, який, як правило, і є її власником.

Відносини, що виникають з договору підряду, мають певні спільні ознаки з відносинами, які виникають з *трудового договору*. Це пояснюється тим, що в обох випадках і підрядник, і працівник здійснюють трудову діяльність, але сама діяльність останніх є принципово різною і регулюється самостійними галузями законодавства.

Трудовим договором² є угода між працівником і роботодавцем (юридичною або фізичною особою-підприємцем), за якою працівник зобо-

¹ Див.: Романец Ю. В. Система договорів в гражданском праве России. – М.: Юристь, 2001. – С. 366.

² Особливою формою трудового договору є контракт, який застосовується тільки у випадках, прямо передбачених трудовим законодавством.

в'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 працівником своїх матеріалів, обладнання тощо може відбуватися тільки за згодою роботодавця і, як правило, на умовах компенсації робітничкові. 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 підядру до здачі його замовникові без вини сторін тощо.

Підрядник у договорі підядру виконує роботу на свій ризик, і якщо інше не встановлено договором, своїм утриманням, тобто із свого матеріалу і своїми засобами (ч.1 ст. 839 ЦК).

Правова характеристика договору підядру. Договір підядру – 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 відмітити, що законодавство знає і винятки з цього правила, а саме безвідплатне виконання робіт, до яких, наприклад, слід віднести обов'язок наймача проводити поточний ремонт речі, переданої у найм, 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 закріплення.

Договір підядру – *двосторонньо 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, який має на це дозвіл. Вказане стосується, наприклад, виконання авіаційно-хімічних робіт, виготовлення, монтажу несучих конструкцій, монтажу конструкцій в будівельній, ремонтно-будівельній діяльності тощо; *по-друге*, що підрядником в окремих видах договорів підядру, зокрема побутовому, будівельному тощо може бути суб'єкт підприємницької діяльності, а, звідси, договір підядру мо-

же 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 підряду конструкцію «генерального підряду», 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 разі 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 з них з генеральним підрядником, якщо інше не встановлено договором або законом.

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 з 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 у 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 інші), 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 у загальних положеннях про зобов'язання (ч. 1 ст. 509 ЦК).

Найважливішою ознакою предмета договору підряду є якість виконаної роботи, вимоги до якої встановлені у ст. 857 ЦК. Робота повинна відповідати умовам договору підряду, а у разі їх відсутності або неповноти – вимогам, що звичайно ставляться до роботи відповідного характеру. При цьому 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 передбачено 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 передбачено договором. До обчислення гарантійного строку застосовуються положення ст. 676 ЦК, якщо інше не передбачено договором або законом.

До умов договору підряду, але не суттєвих, слід віднести *ціну* виконаних робіт, яка може бути встановлена або у договорі, або у кошторисі. За правилом, якщо обсяг робіт не дуже великий, ціна чи способи її визначення визначаються у договорі, але якщо виконуються різні види робіт великі за обсягом, ціна визначається у кошторисі (зокрема, при проведенні капітального ремонту, при будівництві споруд тощо). Кошторис може бути складений будь-якою із сторін. Між тим на практиці, виходячи з того, що підрядник є професіоналом, саме він і складає кошторис, який набирає чинності і стає частиною договору підряду з моменту підтвердження його замовником.

Розрізняють кошторис *приблизний* і *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 усі пов'язані з цим витрати несе підрядник, якщо інше не передбачено законом.

Сторони можуть за узгодженням між собою вносити зміни у *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. В разі відмови замовника від цього підрядник має право вимагати розірвання договору. Але підрядник не має права вимагати збільшення *твердого* кошторису, а замовник – його зменшення у разі, якщо на момент

укладення договору підряду не можна було передбачити повний обсяг роботи або необхідні для цього витрати (ч. 5 ст. 844 ЦК).

Ціна включає плату за виконану підрядником роботу, а також відшкодування витрат останнього. Але, якщо у договорі не встановлено ні ціни, ні способів її визначення, вона 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 підряду. 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 і звичаїв ділового обороту. З порушенням строків виконання робіт пов'язана відповідальність підрядника.

ЦК не містить загальної норми, яка регулювала б питання стосовно форми договорів підрядного типу, тобто при їх укладенні слід виходити з загальних положень ЦК про форму правочинів, якщо інше не буде встановлено у законі стосовно певного виду договору. Зокрема, законодавець врегулював питання щодо форми договору побутового підряду (ст. 866 ЦК).

Права та обов'язки сторін за договором підряду. Головним обов'язком підрядника за цим договором є якісне відповідно до умов договору виконання роботи і передача її результату замовникові, за правило, 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 чи іншого його використання.

ЦК зберіг традиційний підхід до конструювання договору підряду, вказавши на те, що роботи виконуються *на ризик підрядника* (статті 837, 855 ЦК й інші), який полягає у тому, що у випадку *випадкового* знищення предмета договору підряду до здачі його замовникові або у разі, коли закінчення роботи стане неможливим *без вини сторін*, підрядник *не має права вимагати плати за роботу*, а якщо оплата була здійснена частково, зокрема сплачено аванс, він 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 ту, котра 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 із свого матеріалу і своїми засобами. При цьому він відповідає за неналежну якість вказаних матеріалів і устаткування, а також за надання матеріалу або устаткування, обтяженого правами третіх осіб.

Якщо робота виконується з матеріалу замовника (у цьому випадку в договорі встановлюються норми витрат матеріалу, строки повернення його залишку та основних відходів) і за його вказівками, підрядник *зобов'язаний* належним чином прийняти зазначений матеріал; своєчасно попередити замовника про неякісність або непридатність цього матеріалу для виконання роботи; про те, що додержання вказівок замовника загрожує якості або придатності результату роботи; про наявність інших обставин, що не залежать від підрядника, але які загрожують якості чи придатності результату роботи. Між тим, якщо використання неякісного або непридатного матеріалу чи додержання вказівок замовника загрожує життю та здоров'ю людей або призводить до порушення екологічних, санітарних правил, правил безпеки людей та інших вимог, підрядник *зобов'язаний* відмовитися від договору підряду, маючи право на відшкодування збитків (ч. 2 ст. 848 ЦК).

Підрядник *зобов'язаний* вживати усіх 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, які можуть розглядатися як комерційна таємниця, якщо інше не встановлено договором. Замовник несе такий же обов'язок стосовно інформації, отриманої від підрядника (ст. 862 ЦК).

Підрядник має право: не починати роботу, а розпочату роботу зупинити, якщо замовник не надав матеріалу, устаткування або річ, яка підлягає переробці, і цим створив неможливість виконання договору підрядником (ст. 851 ЦК). Це положення у повній мірі 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 неякісний або непридатний матеріал, не змінить вказівок про спосіб виконання роботи чи не усуне інших обставин, що загрожують якості або придатності результату роботи.

Підрядник має право вимагати відшкодування завданих йому збитків, включаючи додаткові витрати, викликані простоем, перенесенням строків виконання роботи або підвищенням ціни роботи, які настали внаслідок невиконання замовником свого обов'язку зі сприяння 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 у 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, передбачених 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 підряду.

Виходячи з того, що договір підряду – двосторонній договір, права та обов'язки покладаються також на замовника.

До обов'язків замовника закон відносить наступні: видати завдання підряднику, тобто чітко обумовити предмет договору; якщо це передбачено договором, надати матеріал підряднику; замінити на вимогу підрядника у відповідний строк неякісний 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 у 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 дого-

вору або інших недоліків негайно заявити про це підряднику. Якщо цього не буде зроблено, замовник втрачає право у подальшому посилатися на відступи від умов договору чи 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 й 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 із сторін має бути призначена експертиза. Витрати на її проведення несе підрядник, крім випадків, коли експертизою встановлена відсутність порушень договору підряду 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 останні 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, яка 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 підряду або законом встановлений гарантійний строк і заява з приводу недоліків роботи зроблена у його межах, перебіг позовної давності починається від дня заявлення про недоліки. Якщо відповідно до договору підряду роботу 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 наступні 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 почав роботу або виконує її настільки повільно, що закінчення її у строк стає явно неможливим; призначити підрядникові строк для усунення недоліків, коли під час виконання роботи стане очевидним, що вона не буде виконана належним чином, а у 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, заподіяні розірванням договору.

§ 2. Побутовий підряд

За договором побутового підяду 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 підяду в 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 підяду, не врегульованих ЦК, застосовується законодавство про захист прав споживачів, а також інші акти цивільного законодавства. Ними, зокрема є: Закон України «Про захист прав споживачів»¹ (далі – Закон); Закон України «Про застосування реєстраторів розрахункових операцій у сфері торгівлі, громадського харчування та послуг»², Правила побутового обслуговування населення, затверджені постановою Кабінету Міністрів України від 16 травня 1994 р. № 313 (далі – Правила)³; 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. № 20⁴, зокрема: Інструкція щодо надання послуг з хімічної чистки та фарбування (перифарбування)

¹ Відомості Верховної Ради України. – 1994. – № 1. – Ст. 1.

² Відомості Верховної Ради України. – 2000. – № 38. – Ст. 315.

³ Урядовий кур'єр. – 1994. – № 86 (діють із змінами); // Офіційний вісник України. – 1999. – № 23. – Ст. 1048.

⁴ Офіційний вісник України. – 2000. – № 47. – Ст. 2053.

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.

Значення наведених нормативно-правових актів полягає у тому, що вони складають частину особливого режиму, передбаченого для договору побутового підряду¹. Правові норми, що містяться у цих актах, є щодо загальних положень про підряд такими ж спеціальними, як і норми § 2 глави 61 «Побутовий підряд».

Договір побутового підряду є *двостороннім, консенсуальним і оплатним*. Поряд із загальними ознаками, 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*. 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 передбачено законом. Він також не може відмовитися від укладення цього договору за наявності у нього можливостей виконувати відповідні роботи на користь споживача.

По-третє, певну специфіку має предмет договору: робота призначена задовольнити *побутові чи інші особисті потреби* замовника, тобто її результат 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 знаходить свій прояв у наявності *переддоговірних обов'язків підрядника*. Вони полягають у наданні підрядником необхідної і достовірної інформації про запропоновану роботу, про ціну і форму оплати та інших відомостей

¹ Брагинский М. И. Договор подряда и подобные ему договоры. – М.: Статут, 1999. – С. 92–93.

(ст. 868 ЦК). Згідно із 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). Підстави для відмови закріплені і у ст. 15 Закону: коли підрядник вчасно не почав виконання договору; якщо під час виконання замовник не задоволений ходом виконання робіт (мають місце відступи від Закону або умов договору); наявність інших непорозумінь (наприклад, питання про доплату). Умови договору, що позбавляють замовника цього права, є нікчемними.

По-н'яте, специфіка цього договору полягає в умовах, що визначаються ще до його укладання 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 у *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 укладання договору,

У разі, коли замовник у письмово оформленому договорі приєднується до умов формулярів, запропонованих підрядником, він набуває ознак *договору приєднання* (ст. 634 ЦК).

Згідно зі ст. 870 ЦК і п. 17 Правил робота може бути виконана з матеріалів як підрядника (тоді матеріал оплачується замовником при укладенні договору повністю або частково з остаточним розрахунком після закінчення роботи), так і замовника (тоді у квитанції або іншому документі фіксується точне найменування 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 з 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 ро-

боті підрядника, що тягнуть за собою наведені наслідки, належать порушення строків виконання замовлення, втрата, псування чи пошкодження матеріалів¹, невідповідність результату робіт вимогам якості, яку не можна усунути, тощо².

У тому разі, 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. Аналогічні правила встановлені у ст. 14 Закону.

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 передбачені більш тривалі строки (строки служби). Варто наголосити, що момент виявлення недоліків у даному випадку значення не має, у зв'язку з чим на останні можна посилатися 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)³.

¹ Гражданский кодекс Украины: Комментарий (с изм. и доп. по состоянию на 1 сентября 2003 г. – Т. 2. – Харьков: Одиссей. – С. 451.

² Необхідно відмітити, що поняття «істотних недоліків» виконаних робіт міститься у цивільному законодавстві інших держав, зокрема Російської Федерації. На думку Верховного Суду РФ, під істотними недоліками у виконаній роботі слід розуміти такі, які роблять неможливим чи неприпустимим використання результату роботи у відповідності з її цільовим призначенням; або не можуть бути усунені щодо даного споживача чи для їх усунення потрібні великі затрати праці та часу; або роблять результат робіт іншим, ніж передбачено договором, або коли після усунення недоліків вони з'явилися знов; або внаслідок цих недоліків споживач у значній мірі позбавляється того, на що він вправі розраховувати при укладанні договору (п. 15 постанови Пленуму Верховного Суду РФ від 29 вересня 1994 р. № 7 «Про практику розгляду судами справ про захист прав споживачів») // Бюллетень Верховного Суду РФ. – 1995. – № 1. – Ст. 4.

³ Див.: статті 85, 86 Закону України «Про нотаріат»; Інструкцію про порядок обліку депозитних операцій у державних нотаріальних конторах та у приватних нотаріусів, затверджену наказом Міністерства юстиції України від 18 лютого 2003 р. № 13/5.

§ 3. Будівельний підряд

Будівництво – процес створення нових, а також розширення, реконструкція, технічне переоснащення діючих підприємств, об'єктів виробничого і невиробничого призначення, пускових комплексів.

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 в будівництві присвячений § 3 глави 61 ЦК (статті 875–886) «Будівельний підряд», який за ЦК 1963 р. іменувався «Договором підряду на капітальне будівництво».

Виходячи з того, що усі 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, крім 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 можливість розглядати його як самостійний вид договору підряду.

Норми, що регулюють відносини будівельного підряду, містяться у 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 в галузі будівництва належать закони України «Про інвестиційну діяльність» від 18 вересня 1991 р. № 1560-ХІІ¹, «Про основи містобудування» від 16 листопада 1992 р. № 2780-ХІІ², «Про архітектурну діяльність» від 20 травня 1999 р. № 687-ХІV³, «Про закупівлю товарів, робіт і послуг за державні кошти» від 22 лютого 2000 р. № 1490-ІІІ⁴, «Про майнову відповідальність за порушення

¹ Відомості Верховної Ради України. – 1991. – № 47. – Ст. 646.

² Відомості Верховної Ради України. – 1992. – № 52. – Ст. 683.

³ Відомості Верховної Ради України. – 1999. – № 31. – Ст. 246.

⁴ Відомості Верховної Ради України. – 2000. – № 20. – Ст. 148.

умов договору підряду (контракту) при виконанні робіт на будівництві об'єктів» від 6 квітня 2000 р. № 1641-III¹; Положення про державний архітектурно-будівельний контроль, затверджений постановою Кабінету Міністрів України від 25 березня 1993 р.², Порядок затвердження інвестиційних програм і проектів будівництва та проведення їх комплексної державної експертизи, затверджений постановою Кабінету Міністрів України від 11 квітня 2002 р.³. 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. № 609⁴, Порядок державного фінансування капітального будівництва, затверджений постановою Кабінету Міністрів України від 27 грудня 2001 р. № 1764⁵, тощо.

Характерною особливістю законодавства в галузі будівництва є те, що воно включає нормативно-технічні акти, до яких відносять будівельні норми та правила⁶, державні стандарти, що 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 у справах будівництва і архітектури (протокол від 15 грудня 1993р. № 9)⁷, Положення про взаємовідносини організацій – генеральних підрядників з супідрядними організаціями, затверджене науково-технічною радою Державного комітету України у справах містобудування і архітектури (протокол від 14 грудня 1994р. № 4)⁸.

Поняття та значення договору будівельного підряду. Поняття договору будівельного підряду дається у ч. 1 ст. 875 ЦК. Відповідно до неї *за договором будівельного підряду підрядник зобов'язується збудувати і здати у встановлений строк об'єкт або виконати інші будівельні роботи згідно з проектно-кошторисною документацією, 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 й оплатити їх.*

¹ Відомості Верховної Ради України. – 2000. – № 27. – Ст. 212.

² ЗП України. – 1993. – № 9. – Ст. 179.

³ Урядовий кур'єр. – 2002. – № 96. – 29 трав.

⁴ Урядовий кур'єр. – 2004. – № 101. – 2 черв.

⁵ Офіційний вісник. – 2001. – № 52. – Ст. 2374.

⁶ Див., напр.: 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.

⁷ Все о бухгалтерском учете. – 1999. – № 43. – 10 мая.

⁸ Там само.

Привертає увагу той факт, що в легальному визначенні не містить-ся вказівка, що підрядник здійснює роботу на свій ризик. Хоча законодавець не виключає можливості у 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 тощо); *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).

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 в цілому, строки завершення окремих етапів робіт, а й гарантійні строки експлуатації об'єкта.

Права та обов'язки сторін за договором. Враховуючи 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. Вказане повністю відповідає положенням ст. 876 ЦК,

згідно з якою власником об'єкта будівництва або результату інших будівельних робіт до їх здачі замовникові є підрядник. Ризик підрядника щодо результатів робіт припиняється з моменту прийняття їх 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 випадку неможливості завершити будівництво (будівельні роботи) з інших причин, що не залежать від замовника, підрядник не має права вимагати від замовника плату за роботу або оплату витрат, якщо інше не встановлено договором (ч. 5 ст. 879 ЦК).

На замовника покладається *специфічний обов'язок*, що не зустрічається у 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 й інших об'єктів, розширення і технічного їх переоснащення, у відповідності із затвердженою проектною документацією, підключення до інженерних мереж та споруд тощо. Надання дозволу регулюється відповідним Положенням про порядок надання дозволу на виконання будівельних робіт, затвердженим наказом Державного комітету з будівництва, архітектури та житлової політики України від 5 грудня 2000 р. № 273¹, і яке обов'язкове для застосування усіма суб'єктами будівництва незалежно від відомчої належності, джерел фінансування тощо. Виконання будівельних робіт без зазначеного вище дозволу забороняється, хоча на певні будівельні роботи він 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 й інші вимоги, що ставляться до робіт та до кошторису. До такої документації входять креслення, пояснювальні записки, кошторис й інші матеріали. Дана документація не тільки техніко-економічна, а й юридична підстава

¹ Офіційний вісник України. – 2000. – № 52. – Ст. 2298.

будівництва. У договорі будівельного підяду мають бути визначені склад і зміст цієї документації, а також, яка із сторін і у який строк зобов'язана надати відповідну документацію (ч. 2 ст. 877 ЦК).

Договором може бути на замовника покладено обов'язок *матеріально-технічного забезпечення будівництва* (ч. 1 ст. 879 ЦК). За правилом, це забезпечення технологічним, енергетичним, електро-технічним 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*¹ (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 у 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, з цим пов'язані* (ч. 6 ст. 879 ЦК).

Головним обов'язком замовника є *прийняття об'єкта або закінчених будівельних робіт та їх оплата*. Передання та прийняття робіт – одна з найголовніших стадій договору будівельного підяду, в якій повинні брати участь обидві сторони. При отриманні від підрядника повідомлення про виконання робіт і готовність їх передання замовник негайно має почати їх прийняття, тобто організувати та здійснити прийняття робіт за свій рахунок, якщо інше не встановлено договором. У випадках, передбачених 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, після завершення окремих етапів робіт. ЦК передбачає, що передання і прийняття виконаних робіт оформляється актом, підписаним обома сторонами. У разі відмови однієї із сторін від підписання акта, про це вказується у акті, і він підписується другою стороною. Між тим, якщо суд визнає мотиви відмови від підписання акта обґрунтованими, зазначений 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

¹ Ці послуги замовник завжди надавав підряднику, а перелік їх містився у пп. 28–36, Правил про договори підяду на капітальне будівництво 1986 р. // СП СССР. – 1987. – № 4. – Ст. 19.

разі позитивного результату попереднього випробування. Вказаний порядок може бути встановлено у договорі.

Замовнику надається право відмовитися від прийняття робіт у разі виявлення недоліків, які виключають можливість використання об'єкта для вказаної у договорі мети і котрі 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, а 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 передбачено право замовника сплатити встановлену 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 наступні права:

вносити зміни до проектно-кошторисної документації до початку робіт або під час їх виконання за умови, що додаткові роботи, викликані такими змінами, за вартістю не перевищують десяти відсотків 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 рішення¹. Слід зазначити, що закон дозволяє здійснювати вказане 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, відоме міжнародній практиці², а на сьогодні воно знайшло застосування і в оновленому цивільному законодавстві (наприклад, РФ – ст. 749 ЦК РФ). Функції та повноваження такого спеціаліста (спеціалізованої організації) визначаються у договорі будівельного підряду (ч.3 ст.881 ЦК).

До обов'язків підрядника закон відносить:

– матеріально-технічне забезпечення будівництва⁴ якщо у дого-

¹ 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.).

² Див.: Международное частное право / Сб. нормат. док.; Составитель Н. Ю. Ерпылева. – М., 1994. – С. 181 та наступ.

ворі не встановлено інше. В цьому випадку він несе ризик неможливості використання наданого ним матеріалу (деталей, конструкцій) або устаткування без погіршення якості робіт;

– надання замовникові *проектно-кошторисної документації*, якщо це передбачено у договорі;

– здійснення *будівництва та пов'язані з ним будівельні роботи відповідно до проектної документації*;

– виконання *усіх робіт*, визначених у проектно-кошторисній документації;

– повідомлення замовника про виявлені в ході будівництва не враховані необхідні додаткові роботи, здійснення яких призводить до збільшення кошторису; у разі неодержання від останнього в розумний строк відповіді – зупинення відповідних робіт з віднесенням збитків, завданих цим зупиненням, на замовника. Замовник звільняється від відшкодування названих збитків, якщо доведе, що у проведенні цих робіт немає необхідності (ч. 3 ст. 877 ЦК). Між тим, якщо підрядник виконає додаткові роботи без згоди замовника, він не позбавляється права на їх оплату і відшкодування завданих цим збитків, коли доведе, що це було необхідним у 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, передбаченому договором, доказів укладення цього договору, включаючи відомості про страхувальника, 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 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 в наступних 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 їх виконаній частині*, а також *відшкодування збитків, не покритих вказаною сумою* (ч. 3 ст. 879 ЦК); *по-друге*, коли замовник прагне внести зміни до проектно-кошторисної документації, що потребують додаткових робіт, вартість яких перевищує десять відсотків визначеної у кошторисі ціни, він може дати на це згоду (ч. 2 ст. 878 ЦК).

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 у договорі будівельного підряду є відповідальність за дії інших осіб («чужу» вину), оскільки саме у 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 зобов'язань підрядник і замовник несуть встановлену договором або законом¹ відповідальність, яка реалізується у 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 у раніше чинному законодавстві: суми неустойки (пені), сплачені підрядником за порушення строків виконання окремих робіт, повертаються йому у разі закінчення всіх робіт до встановленого договором граничного терміну (ст. 883 ЦК).

Якщо інше не встановлено у договорі, підрядник гарантує досягнення об'єктом будівництва визначених у проектно-кошторисній документації показників і можливість експлуатації об'єкта відповідно до договору протягом гарантійного строку. Останній становить десять років від дня прийняття об'єкта замовником, якщо більший гарантійний строк не передбачено договором або законом. Названий строк продовжується на час, протягом якого об'єкт не міг експлуатуватися внаслідок недоліків, за які відповідає підрядник.

¹ 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 у 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 з винної сторони.

Підрядник відповідає за дефекти, виявлені у межах гарантійного строку, якщо не доведе, що вони сталися внаслідок: природного зносу об'єкта або його частин; неправильної його експлуатації чи неправильності інструкції щодо його експлуатації, розроблених самим замовником або залученими ним іншими особами; неналежного ремонту об'єкта, який здійснено самим замовником чи залученими ним третіми особами (ч. 2 ст. 884 ЦК).

§ 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 передує проведення пошукових і проектних робіт. Пошукові роботи полягають у 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 розробляється 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 з цією документацією, 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. Враховуючи це, таку організацію іменують генеральним підряд-

ником. 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 вказаних робіт.

Договір на виконання пошукових і проектних робіт є одним з різновидів договору підяду, а тому є консенсуальним, двостороннім та відплатним.

Права, обов'язки та відповідальність сторін

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 наступному:

– якщо інше не встановлено договором підяду 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. У останньому випадку завдання стає обов'язковим для сторін з моменту його затвердження замовником;

– сплатити підрядникові встановлену ціну після завершення усіх робіт чи сплатити її частинами після завершення окремих етапів робіт або у 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 проект-

но-кошторисної документації з уповноваженими органами державної влади та органами місцевого самоврядування;

– відшкодувати підрядникові додаткові витрати, пов'язані із 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 наступному (ст. 890 ЦК):

– виконувати роботи відповідно до вихідних даних для проведення проектування та згідно з договором. Підрядник зобов'язаний дотримуватися 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 у 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 не своєчасну 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).

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, в результаті чого створюється науково-технічна продукція. Про це свідчить, зокрема, ст. 1 Закону України «Про наукову і науково-технічну діяльність»¹, 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 і 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 носити 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.

Прикладні наукові дослідження – наукова і науково-технічна ді-

¹ ВВР. – 1999. – № 2–3. – Ст. 20; Закон діє у ред. від 1 грудня 1998 р.

ьяльність, 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 самостійні 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 завадило 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 підяду 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 послужило 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 роботи¹.

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 глава 61 ЦК, а договору на виконання НД або ДКТР – глава 62 ЦК.

Між договором підряду та договором на виконання НД або ДКТР є низка суттєвих відмінностей.

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.

Зради 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 складає лише один з його етапів.

По-друге, можливість гарантувати результат робіт: результати робіт договору підряду можна чітко передбачити, а договору на виконання НД або ДКТР – ні. Пояснюється це специфікою останнього із зазначених договорів. Вона полягає у неможливості чітко визначити конкретні параметри майбутнього результату в 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 з 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.

¹ Цивільне право України. Академічний курс: Підруч.: У двох томах / За заг. ред. Я. М. Шевченко. – Т. 2. Особлива частина. – К.: Концерн «Видавничий дім «Ін Юре», 2003. – С. 116–120.

По-четверте, за договором підяду 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 підяду, в 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 випадку відсутності визначаються законодавством.

Таким чином, договір на виконання НД або ДКТР є самостійним і поряд з договором підяду 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 робіт¹, 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 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 у 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

¹ Гражданское право. Ч. 2: Учеб. / Под ред. А. П. Сергеева, Ю. К. Толстого. – М.: Проспект, 1997. – С. 365; Цивільне право України: Підруч.: У 2-х кн. – Книга 2 / За ред. О. В. Дзери, Н. С. Кузнецової. – К.: Юрінком Інтер, 2002. – С. 208.

² Брагинский М. И., Витрянский В. В. Договорное право. Книга третья: Договоры о выполнении работ и оказании услуг. – М.: Статут, 2002. – С. 187.

³ ВВР. – 1999. – № 2–3. – Ст. 20. Закон діє у ред. від 1 грудня 1998 р.

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, він повинен видати виконавцеві технічне завдання та погодити з ним програму (техніко-економічні показники) або тематику робіт. Безумовно, замовник повинен чітко поставити перед виконавцем задачу. 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, що стала у подальшому йому відома і яка може вплинути на результат робіт.

По-третє, 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 договірного 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, 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 відпо-

відний 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-третє, 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 знаходяться 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»¹ 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.

¹ ВВР. – 1992. – № 48. – Ст. 650.

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 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 у іншому випадку вони не зможуть бути реалізовані правовласником.

§ 3. Ризики та відповідальність сторін за договором

Оскільки договір підряду і договір на виконання НД або ДКТР – це два самостійні цивільно-правові договори, то у них по-різному вирішується питання розподілу ризиків та відповідальності сторін.

Зокрема, на відміну від договору підряду 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, у порівнянні 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 підряду, 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 у порівнянні з договором підряду, а й у середині 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 обо-

в'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 встановлений склад і граничний розмір збитків, які повинен відшкодувати замовнику виконавець. Доречно звернути увагу, 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, що законодавчо обмежений розмір відповідальності виконавця тільки стосовно виявлених недоліків в 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.

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 (статті 901–907), які визначають загальні положення щодо договорів про надання послуг. У цивільному праві послуги розглядаються як окремий вид об'єктів цивільних прав (ст. 177 ЦК), що 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 усіх 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 із ст. 179 ЦК річчю є предмет матеріального світу. Разом з тим нематеріальність послуг не зменшує їх значення у 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 здійснення 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 – споруджений будинок, відремонтована річ тощо. Послуги, навпаки, не мають результату, який мав би окремий уречевлюваний вигляд, матеріальне втілення.

У ч. 1 ст. 901 ЦК йдеться, що послуга споживається у 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 продемон-

струвати 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 останньому 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 знаходитиме прояв 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 усїєї інформації щодо здійснення процесу зберігання. Наприклад, якщо банк надає поклажодавцеві індивідуальний банківський сейф, що ним охороняється (ст. 970 ЦК), банк не повинен інформувати його про усї особливості своєї охоронної системи та здійснення 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 – різні речі, вони між собою невід'ємно пов'язані. З наведеного прикладу вбачається, що послуга (збереження речі) споживається саме у процесі виконання зберігачем відповідних дій щодо зберігання. Як тільки зберігач поверне річ поклажодавцеві, тобто припинить дії із зберігання, припиниться і сама послуга.

На цьому прикладі можна також спостерігати нематеріальний характер послуги. Якщо річ, яка передається зберігачу, має матеріальну природу, то її схоронність (послуга), що досягається внаслідок дій зберігача у процесі зберігання (надання послуги) – це вже явище нематеріальне. Поки річ знаходиться у зберігача, вона не змінюється, не перетворюється, а зберігається. Саме заради зберігання, схоронності речі укладається між сторонами договір, а не для внесення змін до цієї речі або вчинення 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 б предметом багатьох видів договорів. Саме для отримання нематеріального корисного ефекту дій (діяльності) виконавця до нього і звертається замовник.

Таким чином, **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 у ЦК (поіменовані договори). До

них, зокрема, належать договори: перевезення, транспортного експедирування, зберігання, страхування, доручення, комісії тощо. Однак усі види договорів про надання послуг неможливо передбачити у ЦК, оскільки їх існує багато. Наприклад, тільки відповідно до Закону України «Про фінансові послуги та державне регулювання ринків фінансових послуг» від 12 липня 2001 р.¹ до фінансових належать такі послуги: обслуговування платіжних документів, платіжних карток та дорожніх чеків; довічне управління фінансовими активами; діяльність з обміну валют; залучення фінансових активів із зобов'язанням щодо наступного їх повернення; фінансовий лізинг; надання коштів у позику, в 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 у законі норм, які мали б загальний характер і стосувалися усіх видів договорів про надання послуг – медичних, юридичних, туристичних, освітніх, комунальних та інших, що не знайшли безпосереднього визначення у законі (непоіменовані договори). Таким чином, якщо певний договір про надання послуг не має спеціальної правової регламентації у ЦК, тобто є непоіменованим договором, то слід застосовувати загальні положення глави 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 містити норми, які їм протирічили б.

У зв'язку з цим виникає питання щодо поширення правил глави 63 ЦК на окремі види договорів про надання послуг, які, навпаки, спеціально закріплені у ЦК. Відповідно до ч. 2 ст. 901 ЦК положення глави 63 можуть застосовуватися до всіх видів договорів про надання послуг, якщо це не суперечить суті зобов'язання. З вказаного можна зробити висновок, що норми глави 63 ЦК можуть застосовуватися і до окремих видів договорів, які спеціально врегульовані ЦК (перевезення, зберігання, страхування тощо), коли у цьому є потреба і якщо дані 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 загальногo 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 звернеть-

¹ ВВР. – 2002. – № 1. – Ст. 1.

ся. В деяких нормах ЦК, які регулюють відносини щодо надання послуг, містяться спеціальні правила, котрі 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.

Важливою ознакою 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 пасажири мають 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 можуть також бути охарактеризовані як *договори приєднання* (ст. 634 ЦК). Останнім часом спостерігається розширення кола вказаного типу договорів. Це пов'язано з 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 умов останнього. 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 прийнятні для себе умови та підписати договір. Внесення будь-яких інших умов, ніж ті, що пропонуються провайдером, договором не передбачається. Практично усі проекти договорів, які пропонуються провайдерами, вміщують 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 у 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 *відплатний*, так і *безвідплатний* характер. *Відплатний договір про надання послуг є двостороннім договором*. Договір вважається укладеним, якщо сторони у належній формі досягли згоди з усіх істотних його умов (ч. 1 ст. 638 ЦК). Після цього кожна із сторін набуває права та обов'язки, які складають його зміст. Виконавець зобов'язується вчинити певні дії або здійснити певну діяльність, а замовник оплатити виконавцеві зазначену послугу, а у разі, коли договір має безоплатний характер – відшкодувати усі 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- і телефонного зв'язку, туроператорська, турагентська, аудиторська діяльність тощо¹. 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 з ч. 1 ст. 638 ЦК істотними умовами договору, в першу чергу, є умови про його предмет. *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 цього типу важливе значення має якість послуг, що надаються. Це стосується усіх видів послуг – медичних, юридичних, освітніх, туристських, готельних тощо. Вчиняючи договір з тим чи іншим виконавцем, замовник вправі розраховувати на певний рівень якості послуги, що буде йому надана. Умова щодо предмета договору – послуги впливає й на інші його умови – розмір плати та строк дії.

Як вже зазначалося, відповідно до ЦК договір про надання послуг може бути як *відплатним*, так і *безвідплатним*. Визначення цього аспекта 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 із ст. 66 Закону Украї-

¹ Стаття 9 Закону України «Про ліцензування певних видів господарської діяльності» від 1 червня 2000 р. (із змінами та доп.) // ВВР. – 2000. – № 36. – Ст. 299.

ни «Про телекомунікації» від 18 листопада 2003 р. тарифи на загальнодоступні послуги і тарифи на надання у користування каналів електрозв'язку операторів телекомунікацій, які займають монопольне (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. громадянам, які з різних причин знаходяться у складних життєвих ситуаціях (безробіття, похилий вік, хвороба, інвалідність при відсутності рідних, які повинні забезпечити догляд та допомогу, сирітство і безпритульність дітей, конфлікти і жорстоке поводження у сім'ї тощо), можуть бути надані певні соціально-побутові, психологічні, медичні, юридичні та інші послуги, що 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 у 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. В 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 й можуть бути безвідплатними, навряд чи можна передбачати їх поширення. Безвідплатне надання послуг може мати місце у відносинах між фізичними особами, у першу чергу тими, які пов'язані дружніми, довірчими стосунками (перевезення речей, прогулянки з домашньою твариною або догляд за домішкою сусіда тощо).

Згідно із ст. 905 ЦК *строк* за договором про надання послуг встановлюється за домовленістю сторін, якщо інше не передбачено законом або іншими нормативно-правовими актами. Строк може мати важливе значення у договорі про надання послуг, у зв'язку з чим сторони, зазвичай, обумовлюють його у договорі. Наприклад, у договорі на проведення аудиту та надання інших аудиторських послуг поряд з іншими умовами визначається термін проведення аудитором перевірки (ст. 20 Закону України «Про аудиторську діяльність»¹). 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.

¹ ВВР України. – 1993. – № 23. – Ст. 243.

§ 3. Зміст договору про надання послуг та його виконання

Зміст договору про надання послуг складають права та обов'язки сторін. Основним обов'язком виконавця є надання замовнику певної послуги, обумовленої договором. За загальним правилом, виконавець повинен надати послугу особисто. У зв'язку з тим, що послуга невід'ємна від здійснення певних дій або діяльності виконавця, його особа має велике значення для замовника. Прикладом може бути договір про надання освітніх послуг. В результаті успішного закінчення освітнього курсу слухач одержує відповідне свідоцтво (диплом, атестат тощо), яке свідчить про обсяг знань, що були йому надані у процесі навчання. Ця обставина може мати вирішальне значення для подальшого працевлаштування особи, її професійного зростання тощо. Відомо, що «вагомість» диплому того чи іншого навчального закладу може бути 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 у 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, обумовлену 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 порядку, встановлені договором. Якщо договір про надання послуг мав безоплатний характер, то розрахунки сторін можуть стосуватися лише відшкодування фактичних витрат виконавця, 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, пов'язаних з проїздом автомобіля (вартість бензину, амортизація машини).

Законодавство передбачає певні *наслідки невиконання або неналежного виконання договору про надання послуг*. В першу чергу вирішується питання щодо неможливості виконання платного договору про надання послуг. Такі наслідки пов'язуються з наявністю чи 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. В 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 не була надана. 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).

Внаслідок невиконання або неналежного виконання договору про надання послуг замовник може зазнати збитків (ст. 22 ЦК). Законодавство регулює відносини з їх відшкодування з урахуванням особи виконавця. Якщо виконання договору здійснював суб'єкт підприємницької діяльності, 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 (зернохосвища, елеватори, морозильники тощо). Професійний зберігач відповідає за втрату (нестачу) або пошкодження речі, якщо не доведе, що це сталося внаслідок непереборної сили чи через такі властивості речі, про які зберігач, приймаючи її на зберігання, не знав і не міг знати, або внаслідок умислу чи грубої нео-

бережності 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 у законі для безоплатних договорів про надання послуг. Згідно із ч. 2 ст. 906 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 у 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 (введення 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 відсотків, турист має право відмовитися від договору, а туроператор (турагент) зобов'язаний повернути йому всі раніше сплачені кошти (ст. 20 Закону «Про туризм» від 18 листопада 2003 р.).

Домовленістю сторін або законом встановлюються також порядок і наслідки розірвання договору про надання послуг. Сторони можуть передбачити у договорі розмір та порядок відшкодування збитків або інші наслідки його розірвання.

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 з видів підприємницької діяльності, яка не су-

проводжується 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. Всі 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 составу, 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 після його виконання. Це стосується, наприклад, виконання залізницею додаткових операцій, пов'язаних з перевезенням вантажів, як-то: навантаження, розвантаження, зважування, експедирування тощо, які здійснюються на підставі окремих цивільно-правових договорів – ст. 22 Статуту залізниць України (далі – СЗ).

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. Всю систему цих договорів можна поділити на два види: основні й допоміжні. Основні опосередковують головну сферу взаємовідносин перевізників і клієнтури, допоміжні – нормальну організацію перевізного процесу.

Основними нормативно-правовими актами, що визначають загальні умови перевезення, є: ЦК, закони України «Про транспорт» (від 10 листопада 1994 р.)¹ і «Про залізничний транспорт» (від 4 лип-

¹ ВВР України. – 1994. – № 51. – Ст. 446.

ня 1996 р.)¹, «Про автомобільний транспорт» (від 5 квітня 2001 р.)², та відповідні транспортні кодекси і статuti: Повітряний кодекс України від 4 травня 1994 р. (далі – ПК)³, Кодекс торговельного мореплавства України від 9 грудня 1994 р. (далі – КТМ)⁴, Статут залізниць України від 6 квітня 1998 р. (далі – СЗ)⁵ 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 автомобільним транспортом в Україні від 14 жовтня 1997 р. № 363 та інші).

§ 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). В силу цього договору перевізник зобов'язується доставити довірений йому відправником вантаж у пункт призначення і видати його управомоченій на одержання вантажу особі (одержувачеві), а відправник зобов'язується сплатити за перевезення вантажу встановлену плату. Проте з урахуванням специфіки перевезень кожним з видів транспорту в нормативних актах, що закріплюють їх діяльність, дається своє визначення договору перевезення (ст. 22 СЗ, ст. 133 КТМ, ст. 61 ПК, ст. 52 Закону України «Про автомобільний транспорт» та інші).

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 засобів, тощо), а **відправником** – 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, у разі, якщо відправник не є одночасно й одержувачем вантажу, такий договір розглядається як договір на користь третьої особи.

¹ ВВР України. – 1996. – № 40. – Ст. 183.

² ВВР України. – 2001. – № 22. – Ст. 105.

³ ВВР України. – 1995. – № 25.

⁴ ВВР України. – 1995. – № 47–52.

⁵ Офіційний вісник України. – 1998. – № 14. – Ст. 548.

Договір перевезення вантажів належить до *двосторонніх, оплатних і реальних*.

Договір перевезення вантажу укладається у письмовій формі (Закон України «Про автомобільний транспорт», ст. 23 СЗ, ст. 134 КТМ). Так, на залізничному, повітряному і внутрішньоводному транспорті договір перевезення укладається шляхом оформлення накладної, яка служить 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; назву місць навантаження й розвантаження; вартість перевезення тощо.

Відповідно до ст. 23 СЗ, 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 штампелем перевізника й видачею ним відправникові квитанції. З даного 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 СЗ України).

На автомобільному транспорті договір перевезення оформлюється товарно-транспортною накладною, яка за своїм змістом не відрізняється від накладної, що оформлюється на інших видах транспорту (п. 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 дорожній лист вантажного автомобіля. Товарно-транспортна накладна й дорожній лист автомобіля вважаються документами суворої звітності, форма й порядок заповнення яких визначаються відповідними нормативними актами.

За договором перевезення пасажирів 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 провезення ним багажу – багажною квитанцією.

У проїзному квитку, за винятком квитків на залізничному й повітряному транспорту, 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 поїздках 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 ваги окремого вантажного місця не повинна перевищувати 75 кг та не може бути довше 3-х 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 пасажирів у пункт призначення, а основний обов'язок пасажирів – у сплаті перевізникові проїзної плати. Даним обов'язкам кореспондують певні права сторін договору. Так, ст. 911 ЦК та відповідні норми спеціального 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 пасажирів дотримання правил поведінки громадян на відповідному виді транспорту і правил протипожежної безпеки; в) відмовити пасажирів у проїзді у разі пред'явлення недійсного проїзного квитка; г) випроводити пасажирів з проїзного засобу (рухомого складу) у випадках, передбачених правилами перевезення; д) відмовити пасажирів у поверненні платежів за недійсний проїзний документ у випадках, передбачених цими правилами, та інші.

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.

Основним перевізним документом при морському перевезенні є *коносамент*, у якому позначаються всі суттєві умови договору. Після прийняття вантажу для перевезення його перевізник або капітан судна зобов'язаний видати відправникові коносамент, що є доказом прийняття ним вантажу, позначеного у цьому документі.

До основних умов договору чартеру (фрахтування) відносять: а) най-

менування 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 маркірування, кількість місць або кількість відповідної міри (маси, об'єму), а у деяких випадках з описом його зовнішнього вигляду й особливостей; ж) фрахт або інші належні перевізникові платежі; з) вказівку на час й місце видачі коносаменту тощо. Особливості предмета цивільно-правового зобов'язання за таким договором визначають й специфіку прав та обов'язків сторін – його учасників.

Доставлений вантаж здається зазначеному в коносаменті одержувачеві. Якщо для перевезення вантажу було надано не все судно й у порту призначення одержувач не отримав багаж, не розпорядився ним або відмовився від нього, перевізник вправі здати вантаж на зберігання на склад чи у 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, яку зобов'язаний сплатити одержувач за договором перевезення морським транспортом, називається фрахтом. Його 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. Взаємовідносини перевізників у процесі такого перевезення за єдиним документом різними видами транспорту визначаються законодавством і

відповідними договорами між перевізниками. 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 СЗ, ст. 56 Закону «Про автомобільний транспорт», ст. 13 КТМ, Правила перевезення вантажів у прямому змішаному залізнично-водному сполученні від 28 травня 2002 р. та інші).

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 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 СЗ).

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 за перевезення тому перевізникові, який прийняв вантаж, а одержувач – усім іншим перевізникам.

Досить важливим є питання про відповідальність за порушення умов договору перевезення у прямому змішаному сполученні, тобто про те, хто з перевізників відповідає за прийнятий для 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 СЗ).

Довгостроковий договір. При здійсненні систематичних перевезень власник (володілець) вантажу і перевізник можуть укласти довгостроковий договір, що у теорії і практиці прийнято називати *договором про організацію перевезень вантажів*. За ним 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 укладати 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 відповідальність. Відповідальність за цими договорами диференціюється залежно від об'єктів перевезення. Так, на відміну від загальних положень цивільно-правової відповідальності, відповідальність за договором перевезення вантажу й багажу обмежена рамками вартості останніх. За незбереження (втрати, нестачу, псування або пошкодження) прийнятого до перевезення вантажу, багажу, вантажобагажу перевізник відповідає у межах фактично заподіяної шкоди, якщо не доведе, що це відбулося з незалежних від нього причин (ст. 924 ЦК, ст. 113 СЗ, ст. 68 Закону «Про автомобільний транспорт»). 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). Перевізник відповідає за затримку відправлення пасажирів, вантажу й багажу і порушення строків їх доставки у пункт призначення (ст. 922 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 знаходження вантажів понад строк безкоштовного знаходження у зазначених пунктах.

Глава 47. ДОГОВІР ТРАНСПОРТНОГО ЕКСПЕДИРУВАННЯ

§ 1. Поняття та загальна характеристика договору транспортного експедирування

Зростаюча потреба учасників цивільного обороту в належному законодавчому регулюванні відносин, що складаються між ними, зумовила появу в ЦК норм, які регламентують вже достатньо відомі та поширені на практиці договірні інститути. Серед останніх необхідно звернути увагу і на договір транспортного експедирування (від лат.

expeditio – послання, відправлення)¹. Актуальність відносин з транспортно-експедиційного обслуговування ще більше зростає у сучасній економіці, яка нагально потребує максимально ефективного руху продукції та товарів як між самими підприємцями, так і між останніми та споживачами.

Незважаючи на ту обставину, що договір транспортного експедирування мав достатньо широке застосування у вітчизняній практичній юриспруденції, до набуття чинності новим ЦК, був відсутній закон, який би регламентував договірні відносини з надання транспортно-експедиційних послуг. Майже єдиним винятком у цьому були затверджені постановою КМ України від 21 вересня 1993 р. № 770 Правила здійснення транспортно-експедиційної діяльності під час перевезення зовнішньоторговельних і транзитних вантажів². Сфера дії цих правил, власне, підтверджувала факт поширення названого договірного інституту в праві країн з ринковою економікою, з якими Україна співпрацювала у сфері зовнішньої торгівлі³.

З набуттям чинності новим ЦК договір транспортного експедирування набув якості поймаєнованого. Проте це у цілому не вирішило питання, що тривалий час вирішується в науці цивільного права, щодо місця цього договору в системі договорів та категорично не спростувало думку стосовно договору транспортного експедирування як змішаного договору, тобто, договору, що поєднує в собі елементи кількох інших договорів.

Одним з ключових моментів у визначенні місця договору транспортного експедирування у системі договорів вітчизняного зобов'язального права є питання його співвідношення з договором перевезення. Безсумнівно, існуючий зв'язок між цими договорами та, що більш важливо, сутнісна залежність існування послуг, що надаються під час транспортно-експедиційного обслуговування, від вчинення дій з перевезення вантажу, зумовили існування точки зору на договір транспортного експедирування, як один з різновидів транспортних зобов'язань, що до того ж визнавалися самостійним типом договорів у системі договірних прав. З іншого боку, договір транспортного експедирування, поряд з договорами комісії, доручення та зберігання, розглядався як договір з надання послуг⁴.

Остаточне вирішення цього спору ще попереду, однак слід відзначити позицію законодавця, який присвятив регулюванню відносин з надання транспортно-експедиційних послуг окрему главу в ЦК, що

¹ Слід зазначити, що названий договір мав та має також інші термінологічні позначення: «договір транспортної експедиції», «договір транспортно-експедиційного обслуговування» тощо. Однак зважаючи на закріплену в ЦК України легальну термінологію, перевагу необхідно надавати саме їй.

² Збірник постанов Уряду України. – 1994. – № 2. – Ст. 35.

³ 1 липня 2004 р. був прийнятий Закон України «Про транспортно-експедиторську діяльність // Офіційний вісник України. – 2004. – № 30. – Ст. 1996.

⁴ *Иоффе О. С.* Обязательственное право. – М.: Юрид. лит., 1975. – С. 544.

свідчить про віднесення договору транспортного експедирування до самостійного виду договорів з надання послуг.

Виходячи з вищенаведеного, не має достатніх підстав для визнання договору транспортного експедирування змішаним договором (ч. 2 ст. 628 ЦК), що має своїм практичним наслідком формулювання висновку про те, що під час регулювання відносин з транспортно-експедиційного обслуговування у цілому будуть застосовуватися норми гл. 65 ЦК, яка присвячена саме договору транспортного експедирування. У той же час, інші положення ЦК, що потенційно придатні для регламентування окремих елементів цього договірного зобов'язання, також зможуть застосовуватися, проте, не внаслідок визнання договору транспортного експедирування змішаним договором, а на підставі аналогії закону.

Відповідно до абз. 1 ч. 1 ст. 929 ЦК *за договором транспортного експедирування одна сторона (експедитор) зобов'язується за плати і за рахунок другої сторони (клієнта) виконати або організувати виконання визначених договором послуг, пов'язаних з перевезенням вантажу.*

Договір транспортного експедирування є *консенсуальним, двостороннім, відплатним.*

Зазначений договір є *консенсуальним* у зв'язку з тим, що момент його укладення пов'язується з моментом досягнення між сторонами згоди щодо видів та обсягу послуг, які буде надавати експедитор та розміру плати за ці послуги. У той же час, твердження щодо визнання договору транспортного експедирування консенсуальним не є загальновизнаним, оскільки набула поширення й інша точка зору, згідно з якою, є можливість конструювання цього договору як у якості консенсуального, так і реального. Незважаючи на це, погодимося з позицією, що договір транспортного експедирування може бути охарактеризований як консенсуальний, навіть у тих випадках, коли функції експедитора виконує перевізник, з тих міркувань, що дії з передання та приймання вантажу є нічим іншим як виконанням вже укладеного договору¹.

Договір транспортного експедирування належить до *двосторонніх* договорів, з огляду на ту обставину, що права та обов'язки розподілені між обома сторонами цього зобов'язання. При цьому аналіз положень гл. 65 ЦК дає можливість дійти висновку, що цивільне законодавство містить мінімально необхідний для існування цього договору перелік прав та обов'язків його сторін, який при укладенні конкретного договору може бути значно розширений.

Договір транспортного експедирування є *відплатним* договором. Тобто, це договірне зобов'язання передбачає зустрічний характер

¹ Брагинский М. И., Витрянский В. В. Договорное право. Книга четвертая: Договоры о перевозке, буксировке, транспортной экспедиции и иных услугах в сфере транспорта. – М.: Статут, 2003. – С. 647–648.

надання певних майнових благ сторонами одна одній. Експедитор за договором зобов'язаний надати клієнту транспортно-експедиційні послуги, а останній контрагенту – встановлену договором або законом плату за ці послуги.

Дискусійним питанням у з'ясуванні сутності відносин з транспортно-експедиційного обслуговування тривалий час залишалося питання стосовно того, від чийого імені укладає експедитор необхідні для надання послуги правочини. При цьому, безперечно, малися на увазі варіанти, коли, по-перше, експедитор, на зразок договору доручення, укладав правочини від імені клієнта, по-друге, правочини, як і в договорі комісії, укладалися експедитором від свого імені, і, нарешті, згідно з третім варіантом, експедитор під час укладення договорів міг діяти як від власного імені, так і від імені клієнта¹. На сьогодні можливо стверджувати про легальне вирішення цього спору, оскільки чинне законодавство України не містить обмежень у можливих варіантах дій експедитора. Більш того, відповідно до абз. 2 ч. 1 ст. 929 ЦК експедитор зобов'язаний укласти договір перевезення від свого імені або від імені клієнта. Тобто, експедитор під час транспортно-експедиційного обслуговування клієнта має передбачену законодавством можливість укладати договори як від свого імені, так і від імені замовника послуги – клієнта. Разом з тим, під час укладення конкретного договору транспортного експедирування сторонам необхідно визначити від чийого імені буде вчиняти експедитор необхідні для надання послуги договори або інші правочини.

§ 2. Елементи договору транспортного експедирування

Сторонами договору транспортного експедирування є клієнт (кредитор) та експедитор (боржник). Клієнтом може бути будь-яка особа, оскільки цивільне законодавство не містить певних чітких вимог чи обмежень до особи клієнта (ст. 929 ЦК). Менш визначеною є ситуація стосовно особи експедитора. Чинне законодавство не містить вимог щодо ліцензування транспортно-експедиційної діяльності, хоча не виникає сумнівів, що це є підприємницькою діяльністю. При цьому надання транспортно-експедиційних послуг, з огляду на значний рівень спеціалізації у багатьох видах підприємницької діяльності, у тому числі й транспортному процесі, у більшості випадків висуває значні вимоги до особи, яка претендує на надання таких послуг іншим особам. Внаслідок чого можливо стверджувати, що 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.

¹ *Ворожейкин Е. М.* Обязательство по транспортно-экспедиционному обслуживанию. – М.: Госюриздат, 1957. – С. 88–94; *Сурженко О. А.* Юридическая природа договора на транспортно-экспедиционное обслуживание // Підприємництво, господарство та право. – 2002. – № 7. – С. 35–36.

Предметом договору транспортного експедирування є транспортно-експедиційні послуги, які надаються експедиторами та складаються з комплексу послуг, пов'язаних з підготовкою та відправленням вантажів, проведенням взаєморозрахунків, контролем за їх проходженням і одержанням. Експедитори, зокрема: організовують перевезення та перевалку вантажів залізничним, морським, річковим, автомобільним та повітряним транспортом; забезпечують оптимальне транспортне обслуговування, а також організовують перевезення зовнішньоторговельних вантажів різними видами транспорту по територіях зарубіжних країн відповідно до умов контрактів; фрахтують національні та іноземні судна і забезпечують їх подачу в порти для своєчасного відправлення вантажів; надають послуги, пов'язані з прийманням, накопиченням, доробкою, сортуванням та комплектуванням вантажів, передають їх транспортним організаціям для перевезення; провадять своєчасні розрахунки з портами і транспортними організаціями за перевезення, перевалку та зберігання зовнішньоторговельних вантажів; оформляють документи відповідно до митних, карантинних і санітарних вимог, страхують вантажі; ведуть облік надходження та відправлення вантажів з портів і залізничних станцій; забезпечують із залученням відповідних транспортних підприємств та організацій збереження вантажів під час їх перевезення, перевалки та зберігання; організовують експертизу вантажів у портах і на залізничних станціях; здійснюють оформлення товарно-транспортної документації та її розсилання; подають в установленому порядку транспортним підприємствам заявки на відправлення експортних, транзитних і реекспортних вантажів та наряди на відвантаження імпорتنих, транзитних і знятих з експорту вантажів; вирішують з транспортними організаціями та іншими власниками транспорту питання відправлення вантажів, що надійшли у некондиційному стані, з браком, у пошкодженій, неміцній, нестандартній упаковці або такій, що не відповідає вимогам цих транспортних засобів; складають обмірні ескізи на негабаритні та надважкі вантажі, організовують фумігацію вантажів, перевезення особистих речей громадян.

Оцінюючи у цілому види транспортно-експедиційних послуг, їх обсяг, різноманіття, слід зазначити, що на сьогодні транспортно-експедиційна діяльність визнається частиною більш комплексного явища – транспортної логістики та є однією з її визначальних функцій. В свою чергу, поняттям логістики (від англ. *logistics* – організація поставки, операції) охоплюється весь комплекс дій з планування, контролю, управління транспортуванням, складським зберіганням та вчиненням інших дій, що пов'язані з рухом сировини, матеріалів, продукції, товарів та інформації. Тобто, стверджувати про існування вичерпного переліку послуг, які може надавати експедитор, з урахуванням підвищення ролі самої транспортно-експедиційної діяльності у ринковій економіці не можливо.

Аналіз положень ст. 929 ЦК дає можливість дійти висновку, що

транспортно-експедиційні послуги класифікуються на основні та додаткові. До основних, тобто таких послуг, без яких існування будь-якого договору з транспортного експедирування не можливе, належать: організація перевезення вантажу транспортом і за маршрутом вибраним експедитором або клієнтом, укладення договорів перевезення, забезпечення відправки і одержання вантажу. Усім же іншим послугам притаманний додатковий (факультативний) характер і надаються вони за погодженням сторін.

У визначенні предмета договору транспортного експедирування дискусійним залишається питання щодо включення до нього експедиційних послуг, що безпосередньо не пов'язані з перевезенням вантажу, наприклад, послуг, пов'язаних з діяльністю організацій зв'язку. Уявляється, що достатньо обґрунтованою є позиція, яка не зараховує діяльність організацій зв'язку до транспортно-експедиційного обслуговування, а визнає його самостійним видом підприємницької діяльності, під час якої, відповідно, використовується самостійний вид договору¹.

Ціна у договорі транспортного експедирування є договірною, тобто визначається за домовленістю сторін, якщо розмір плати за надання транспортно-експедиційних послуг (певних видів, у певних сферах, тощо) не встановлено законом (ст. 931 ЦК). У випадку коли розмір плати не визначено сторонами або не встановлено законом, клієнт зобов'язаний виплатити експедитору розумну плату. Останнє положення спеціальної норми ЦК цілком відповідає положенням ч. 4 ст. 632 ЦК, відповідно до якої, якщо у договорі ціна не встановлена і не може бути визначена на підставі його умов, вона визначається, виходячи із звичайних цін, що склалися на аналогічні послуги на момент укладення договору. В свою чергу, поняття «звичайної ціни» та «розумної плати» у своєму тлумаченні мають близький зміст.

Частина 1 ст. 930 ЦК містить вимоги щодо письмової форми договору транспортного експедирування. Вимоги до письмової форми правочину (ст. 207 ЦК), можливого нотаріального посвідчення (ст. 209 ЦК) та правових наслідків недодержання вимог щодо письмової форми правочину (ст. 218 ЦК) регламентуються загальними положеннями цивільного законодавства.

§ 3. Права та обов'язки сторін за договором транспортного експедирування

На підставі аналізу положень гл. 65 ЦК можливо констатувати наявність наступних головних обов'язків сторін. Експедитор, відповідно до загальних умов виконання зобов'язань (гл. 48 ЦК), зобов'язаний належним чином надати визначені у предметі договору транспортно-експедиційні послуги. В свою чергу, клієнт зобов'язаний сплатити контрагенту визначену договором, встановлену зако-

¹ Иоффе О. С. Вказ. праця. – С. 545.

ном або розумну плату за надані послуги, а у випадку, коли для виконання експедитором своїх обов'язків йому необхідна довіреність, то згідно з ч. 2 ст. 930 ЦК клієнт зобов'язаний видати експедитору таку довіреність. Зазначеним обов'язкам сторін відповідно кореспондують права клієнта на отримання послуги та експедитора на отримання плати та видачу йому довіреності.

Статтею 933 ЦК додатково закріплюється перелік взаємообумовлених обов'язків сторін, що стосуються механізму надання, перевірки та використання документів та інформації, які пов'язані з вантажем та самою можливістю надання транспортно-експедиційних послуг. Ці документи та інша інформація повинні стосуватися властивостей вантажу, умов його перевезення, а також містити іншу інформацію, необхідну для виконання експедитором своїх договірних обов'язків.

Первинний обов'язок з надання вищезазначених документів та інформації покладено на клієнта. Проте при цьому слід звернути увагу на ту обставину, що відповідно до укладеного між сторонами договору транспортного експедирування, отримання, підготовка й складання певних документів та отримання інформації може бути включено до переліку послуг, які надає експедитор. Логічним висновком з чого буде констатація відсутності обов'язку клієнта надавати експедитору документи та інформацію, які повинен отримати, підготувати та скласти відповідно до умов договору саме останній.

Недотримання клієнтом обов'язку з надання необхідних документів та інформації або надання цих документів та інформації з недоліками чи у неповному обсязі не має наслідком прострочення кредитора, оскільки згідно з ч. 2 ст. 933 ЦК подібні дії (бездіяльність) клієнта покладає вже на експедитора обов'язки, по-перше, з повідомлення клієнта про виявленні недоліки одержаних документів та інформації й пред'явлення до нього ж вимог з надання необхідної додаткової інформації. При цьому, уявляється, що належне виконання експедитором своїх зазначених вище обов'язків буде лише у тому випадку, коли він прямо зазначить на тих частинах отриманої інформації, які містять недоліки та чітко визначить ту інформацію, яку, на його погляд, необхідно додатково надати клієнту. Тільки після виконання експедитором своїх обов'язків можливо стверджувати про виникнення прострочення кредитора (ст. 613 ЦК) та можливість реалізації експедитором прав, передбачених чч. 3, 4 ст. 933 ЦК.

Звертаючи увагу на права сторін, слід відзначити, що безпосередньо у тексті гл. 65 ЦК закріплено лише основне право клієнта – право вимоги належного надання обумовлених договором транспортно-експедиційних послуг. Внаслідок чого можливо спрогнозувати, що конкретизація цього права та закріплення за клієнтом інших прав, має відбуватися з врахуванням положень договору та іншого законодавства.

Більше уваги приділено правам експедитора, оскільки, окрім ви-

щезазначених головних його прав на отримання плати за надані послуги та видачу йому довіреності, ЦК прямо зазначає ще на двох його правах. По-перше, відповідно до ч. 1 ст. 933 ЦК він має право залучити до виконання своїх обов'язків інших осіб. Тобто, має місце дія спеціального, стосовно ст. 527 ЦК, положення. Правовим наслідком реалізації експедитором цього права є його відповідальність за дії цих осіб перед клієнтом. По-друге, у випадку ненадання клієнтом документів та необхідної інформації експедитор має право відкласти виконання своїх обов'язків за договором до надання документів та інформації в повному обсязі (ч. 3 ст. 933 ЦК). При цьому необхідно зазначити, що в результаті тлумачення ст. 933 ЦК таке право може бути реалізоване експедитором лише у тому випадку, коли він, у свою чергу, належним чином виконає свій обов'язок, передбачений ч. 2 ст. 933 ЦК. В іншому випадку відкладення експедитором виконання своїх договірних обов'язків є протиправним.

Додатково слід акцентувати увагу на тому, що відкладення виконання експедитором договірних обов'язків за своїм правовим результатом нетотожне відмові від договору, а тому договір транспортного експедирування залишається чинним. У питанні ж визначення строку направлення вимог до клієнта та очікування відповіді до прийняття експедитором рішення щодо відкладення виконання своїх обов'язків за договором, враховуючи відсутність у законодавстві чітких вказівок на це, потрібно керуватися принципом розумного і необхідного строку та звичаями ділового обороту.

§ 4. Припинення договору транспортного експедирування. Цивільно-правова відповідальність сторін

Припинення договору транспортного експедирування можливе відповідно до загальних положень гл. 50 ЦК шляхом виконання (ст. 599 ЦК), переданням відступного (ст. 600 ЦК), зарахуванням (ст. 601 ЦК), домовленістю сторін (ст. 604 ЦК), прощення боргу (ст. 605 ЦК) тощо. У той же час, згідно зі ст. 935 ЦК, договір може бути припинено достроково внаслідок односторонньої відмови від нього будь-якої з сторін договору. При цьому право на односторонню відмову від договору не пов'язане з порушенням зобов'язання іншою стороною (ч. 1 ст. 615, ч. 3 ст. 651 ЦК), а ґрунтується на загальному положенні про можливість відмови від договору, якщо право на таку відмову встановлено договором або законом (ст. 525 ЦК) і здійснено з дотриманням вимог ст. 935 ЦК.

Механізм припинення договору транспортного експедирування шляхом односторонньої відмови встановлено ст. 935 ЦК. Головною складовою такого механізму є обов'язок ініціатора припинення договору повідомити контрагента про це в розумний строк. Виходячи з принципів справедливості та добросовісності, саме на ініціатора відмови може бути покладено ризики визнання фактичного строку попе-

редження «не розумним», тобто не достатнім для захисту прав та законних інтересів іншої сторони та недоведеності факту отримання попередження взагалі. Окрім того, у будь-якому випадку на сторону, яка заявила про відмову від договору, покладається обов'язок з відшкодування збитків, завданих контрагенту в зв'язку з такою відмовою, зрозуміло з врахуванням загальних положень ч. 2 ст. 616 ЦК.

Розглядаючи питання цивільно-правової відповідальності сторін договору транспортного експедирування, слід зазначити, що у цілому вона ґрунтується на загальних засадах, частковим підтвердженням чому є положення ст. 934 ЦК, згідно з якою за порушення обов'язків за договором транспортного експедирування експедитор відповідає перед клієнтом відповідно до гл. 51 ЦК. Уявляється, що покладення цивільно-правової відповідальності на клієнта за загальним правилом відбувається на цих же засадах.

Однак є і спеціальні випадки покладення цивільно-правової відповідальності на одну із сторін договору. Так, якщо експедитор реалізував наявне у нього право на залучення до виконання своїх договірних обов'язків інших осіб (ч. 1 ст. 932 ЦК), то у випадку невиконання чи неналежного виконання цими особами обов'язків за договором, саме експедитор буде відповідати у цивільно-правовому порядку перед клієнтом за порушення умов договору (ч. 2 ст. 932 ЦК). У свою чергу, відповідно до ч. 4 ст. 933 ЦК, клієнт відповідає перед експедитором за збитки, завдані останньому в зв'язку з порушенням обов'язку щодо надання документів та інформації, необхідних для виконання експедитором обов'язків, встановлених договором. Скориставшись аналогією закону, можна дійти висновку про можливість покладання цивільно-правової відповідальності на клієнта й у випадках ненадання необхідної інформації у повному обсязі чи ненадання або часткового надання необхідної для виконання договору документації. Разом з тим, розмір збитків, що відшкодовуються експедитору, може бути зменшений, якщо останній умисно або з необережності сприяв збільшенню розміру збитків, завданих порушенням клієнтом договірною обов'язку з надання необхідної документації та інформації, або не вжив заходів щодо їх попередження чи зменшення (ч. 2 ст. 616 ЦК).

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, яка 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. У випадках, 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 в розумний строк.

Сторонами договору зберігання є *поклажодавець* і *зберігач*, якими можуть бути будь-які фізичні та юридичні особи. Виняток складають випадки здійснення зберігання на засадах підприємницької діяльності, яку може здійснювати тільки професійний зберігач (ч. 2 ст. 936 ЦК). У 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 із 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 наступному. *По-перше*, договір у цьому випадку укладається стосовно речей, які мають ознаки товару, тобто призначені для використання у сфері підприємницької діяльності шляхом наступної їх реалізації (продажу або обміну). *По-друге*, ст. 956 ЦК визначає товарний склад як організацію, яка зберігає товар і надає пов'язані з 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. *Потретьє*, і зберігачем, і поклададавцем 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 поклададавцем, 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 в момент прийняття його на зберігання з метою визначення його кількості та зовнішнього стану. Дотримання цієї вимоги зменшує вірогідність можливих у майбутньому між поклададавцем і зберігачем суперечок стосовно кількісних та якісних характеристик переданих на зберігання товарів. Поклададавець має право вимагати від товарного складу надання йому можливості огля-

нути товар або його зразки протягом усього часу зберігання для забезпечення впевненості у його схоронності та належності умов зберігання. Якщо предметом зберігання є речі, визначені родовими ознаками, поклажодавець має право вимагати від товарного складу взяти проби та вжити заходів, необхідних для забезпечення схоронності товарів. При поверненні товару кожна із 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 поклажодавцем, 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 поклажодавця. 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 поклажодавця (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»¹ 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 за-

¹ Відомості Верховної Ради України. – 2000. – № 1. – Ст. 1.

безпечення 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. У її змісті обов'язково вказуються прізвище, ім'я та по батькові поклажодавця, фіксуються індивідуальні ознаки речей, переданих на зберігання, визначається їх ціна, а також обумовлюється строк дії та інші умови договору. Додатковою гарантією забезпечення майнових інтересів 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 у порівнянні з товарним складом не дозволяє забезпечувати зберігання невитребуваних 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 і, одночасно, вільного доступу поклажодавця до них визначається положеннями ст. 47 Закону України «Про банки і банківську діяльність»¹. У цьому випадку документи та цінності передаються банку на зберігання з видачею поклажодавцю іменного документа. У 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

¹ Відомості Верховної Ради України. – 2001. – № 5–6. – Ст. 30.

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 і управління цінними паперами.

За окремим договором банк може надати покладавцеві можливість зберігання цінностей або документів у індивідуальному банківському сейфі. У цьому разі він надає покладавцеві 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 покладавцем. В іншому випадку покладавцеві за договором може бути надане право особистого доступу до сейфа (його частини або спеціального приміщення), що знаходиться під охороною. За таким договором покладавець має право особисто розміщувати і вилучати цінності, які знаходяться у банку на зберіганні. Для цього він отримує ключі він 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 відносин сторін, які виникають в 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 і одночасно бути впевненими у 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 у 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 переданні 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, у 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 у 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 гардеробу, зберігач зобов'язаний вжити усіх необхідних заходів для забезпечення їх схоронності. У випадку втрати жетона або іншого легітиміційного¹ 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 же-

¹ Від «легітиміція» – посвідчення права, повноваження.

тон або інший легітимаційний знак, спір підлягає розгляду в судовому порядку.

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, носить договір зберігання автотранспортних засобів, який укладається у випадках їх розміщення у боксах, гаражах або на спеціальних автомобільних сто-

янках. За таким договором зберігач зобов'язується не допускати проникнення в них сторонніх осіб і повинен видати транспортний засіб за першою вимогою поклажодавця 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 по паркуванню 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.

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. 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 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 у правовідношенні діє не у власних інтересах, а в інтересах іншої особи. Крім того, всі зазначені договори пов'язані із наданням юридичних послуг, тобто здійсненням дій, які мають правові наслідки. Разом із тим кожен із них 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, а й фактичні дії (надає фактичні послуги).

Згідно з 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. Хо-

ча в 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 усіх 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, що 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 довірительм (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 укласти і 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 до-

сягли згоди з усіх істотних умов договору (ч. 1 ст. 638 ЦК). Якщо договір доручення має відплатний характер, то він належить до **двосторонніх** договорів.

З урахуванням того, що договір доручення є різновидом договорів про надання послуг, його **предмет** складає надання нематеріальних посередницьких послуг, які полягають у вчиненні однією особою від імені другої юридичних дій. Важливо відзначити, що відповідно до ч. 1 ст. 1000 ЦК повірений має вчиняти не будь-які, а певні юридичні дії. У ст. 1003 ЦК уперше конкретизується, що такі дії мають бути чітко визначені. Крім того, вони мають бути правомірними, конкретними та здійсненими. Невиконання таких умов унеможливує здійснення повіреним своїх обов'язків та може призвести до порушення прав довірителя. Для того, щоб уникнути непорозумінь останній має конкретно визначити, які саме юридичні дії він доручає виконати повіреному і в якому обсязі – купити або продати річ чи 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 ньому можуть бути встановлені строк дії такого доручення та (або) територія, у межах якої є чинним виключне право повіреного (ч. 2 ст. 1000 ЦК). Таким чином, у межах часу та території, встановлених довірителем, виключне право діяти від його імені та в його інтересах має тільки особа, визначена у договорі як повірений. Разом із тим 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 жилого будинку, який не продається, продаж речі, яка не існує).

При здійсненні доручення повірений нерідко виконує цілу низку дій, які не є юридичними у 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. Вказані дії лише супроводжують укладення договору купівлі-продажу, тобто тієї дії, яка складає 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 може йтися 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 на-

лежить, та обумовлювати необхідність відшкодування довірительм витрат, що виникли у повіреного у зв'язку з виконанням доручення.

Договір доручення опосередковує відносини представництва. Тому, як і в інших відносинах представництва, в даному разі виникає два види правового зв'язку – внутрішній та зовнішній. Перший зв'язок (внутрішні відносини) складається між довірительм 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 стосовно цього. Відповідно до ст. 1003 ЦК дії, які належить вчинити повіреному, мають бути визначені у договорі доручення або у виданій на підставі договору довіреності. З цього випливає, що зміст доручення може фіксуватися в одному з двох документів. Разом із тим, в ч. 1 ст. 1007 ЦК зазначено, 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 довірительм 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 у договорі та довіреності. Так, якщо в договорі доручення повноваження повіреного є більш обмеженими порівняно з довіреністю, треба виходити з положень договору і, навпаки, якщо довіреність надає повіреному менше повноважень, ніж договір доручення, слід враховувати межі, встановлені довіреністю. Такий підхід найкраще захищає інтереси довірителя, не дає він підстав і довірительно 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 лише договору доручення. Таку можливість відкидати не можна, бо вона передбачена, наприклад, ч. 3 ст. 243 ЦК стосовно 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 вста-

новлення 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 згідно з ч. 1 ст. 247 ЦК строк довіреності може бути визначеним чи невизначеним за рішенням особи, яку представляють, тобто довірителя. Якщо останній встановив строк дії довіреності, а у договорі доручення не вказав строк його виконання, є підстави вважати, що строк договору буде обмежений строком дії довіреності. Отже, вчиняючи правочин після припинення строку довіреності, повірений діє без повноважень. У ст. 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 у цій статті. Тому з певними застереженнями можна вважати, що правила названої статті 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 виникатимуть 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 залився після припинення дії першої довіреності.

Договір доручення може бути *відплатним* або *безвідплатним*. Згідно з 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 названого договору передбачається, і довіритель має сплатити повіреному певну плату за надані послуги. Якщо у 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 цього договору. Договір є дійсним, бо розмір плати за відплатним договором доручення не є його істотною умовою. У разі відсутності у договорі умови про плату, вона визначається за цінами, які за схожих умов можуть бути сплачені за надання аналогічних послуг. Договір доручення є безвідплатним тільки у разі, якщо це встановлено договором або законом.

Договір доручення є *фідуціарним правочином*, тобто таким, що ґрунтується на особливих довірчих відносинах сторін. Насамперед 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, передусім, знаходить свій прояв 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 в сучасних умовах потребує деяких уточнень. Той факт, що цей договір має виконуватися повіреним особисто, не є визначальним. Вимога щодо особистого виконання зобов'язань є загальною для усіх 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 та інші, 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 із сторін. У разі односторонньої відмови від договору, якщо право на таку відмову встановлено договором або законом, договір є відповідно розірваним (чч. 1, 3 ст. 651 ЦК). У ст. 907 ЦК конкретизоване 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).

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 цим договором 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).

§ 2. Зміст договору доручення та умови його виконання

Зміст договору доручення складають *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 виправдні 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. В законі встановлено обов'язок довірителя – видати повіреному довіреність (ч. 1 ст. 1007 ЦК). Обов'язки, зазначені у ч. 2 ст. 1007 ЦК (забезпечити повіреного засобами, необхідними для виконання доручення та відшкодувати повіреному витрати) покладаються на довірителя лише в тому випадку, якщо інше не встановлено договором. Довіритель зобов'язаний також прийняти від повіреного все одержане ним за договором, а також виплатити повіреному плату, якщо вона йому належить.

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 лише 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, він може навіть не повідомляти про це довірителя, якщо таке правило встановлено договором доручення. У 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, встановлених законом. По-перше, 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. Тоді 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 повіре-

ний вчасно повідомить довірителя про зроблену ним заміну, він відповідає лише за вибір замісника, але не за його дії.

Передоручення має супроводжуватися видачею замісникові довіреності, яка 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, встановлених 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), неможливості виконання зобов'язання (ст. 607 ЦК) тощо. Разом із 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. Насамперед 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 включити в договір положення, відповідно до яких довіритель та повірений можуть розірвати договір тільки за взаємною згодою і не в змозі 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 бути 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 спрямоване на забезпечення інтересів як довірителя, так і повіреного. Воно враховує особливості підприємницької діяльності останнього. Ще одна особливість припинення дого-

вору 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 випливають із договору доручення (ст. 104 ЦК). Закон охороняє інтереси довірителя і надає йому в цьому випадку право припинити договір доручення без попереднього повідомлення 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. 2 ч. 1 ст. 1008 ЦК). Це правило пояснюється особливостями відносин представництва, які виникають із договору (договірне представництво). Таке представництво передбачає, що не тільки представник, а й особа, яку представляють, повинні мати повну цивільну дієздатність. Повірений потребує цього насамперед тому, що вчиняючи правочини з третіми особами, він здійснює вольові дії, які мають юридичне значення. Довіritel ь 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 унеможливорює виконання договору. Договір доручення буде припинятися й у разі визнання безвісно відсутнім самого довірителя. Це пояснюється тим, що він 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 виправдні документи, якщо це було обумовлено умовами договору та характером доручення. Довіритель в 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 усі його витрати, які були зроблені під час виконання доручення, відшкодовуються довірителем, навіть у разі передчасного припинення договору. Щодо 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). Вказані 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 відшкодовувати 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, в 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.

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), в 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, тощо.

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 комісіонера. 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 ч. 2 ст. 237 ЦК прямо зазначено,

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 може йтися за таких обставин, є так зване опосередковане представництво. Треба, однак, зазначити, що термін «опосередковане представництво» має умовний характер і відноситься 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 із моменту, коли сторони дійшли згоди з усіх істотних умов договору (ч. 1 ст. 638 ЦК).

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 тільки 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, а 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 насамперед може бути купівля або продаж певного товару. Якщо має місце саме такий договір, комітент може визначити асортимент товару, 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 з реалізації певного майна (обладнання, продуктів харчування, аудіо-відео-апаратури тощо) на конкретно визначеній території («договірна територія»). Таким чином, комітент задає певні параметри, у межах яких належить діяти комісіонерові. Разом із тим 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.

Договір комісії має *відплатний* характер. Комітент повинен виплатити комісіонерові плату в розмірі та порядку, встановлених у договорі комісії (ст. 1013 ЦК). Як правило, розмір оплати визначається у певному відсотку до загальної ціни договору комісії. Разом із 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. Таким чином, невизначення в договорі умов, які стосуються оплати дій комісіонера, не змінює загального характеру цього договору: він завжди має відплатний характер. Визначення розміру оплати 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 – *делькредере* (делькредере, 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. Делькредере 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 останньої за делькредере 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 у самому договорі.

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 умови його виконання

Зміст договору комісії складають 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 ви-

конання доручення; передати йому все одержане за договором тощо. Хоча у визначенні договору комісії немає вказівки на обов'язки комітента, це не означає, що він має тільки права. Комітент зобов'язаний забезпечити комісіонера усім необхідним для виконання обов'язку перед третьою особою; виплатити комісіонерові плату за надану йому послугу; відшкодувати витрати, зроблені ним 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 інше. 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.

В ЦК вирішується питання щодо вигоди, яку комісіонер додатково отримав за договором, який він уклав із третьою особою. Якщо комісіонер визначив умови договору, а комітент вчинив правочин на більш вигідних умовах, то відповідно до ч. 2 ст. 1014 ЦК вигода, яку одержав комісіонер, належить комітентові. Треба вважати, що сторони можуть визначити іншій, ніж установлено в законі, режим вигоди, яку одержав 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 здійснення 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 пра-

во 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.

В ЦК встановлені спеціальні правила, які стосуються відступу комісіонера від вказівок комітента під час вчинення ним договорів купівлі та продажу майна (чч. 3, 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 у 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. Внаслідок цього останній 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 має довести, що він продав майно, хоча і за нижчою ніж за договором, але найбільш вигідною ціною, яка могла бути одержана за таких умов, а не продаж майна, враховуючи тенденції розвитку ринку, міг спричинити ще більші збитки для комітента. Доказ зазначених обставин достатній 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 (не підприємець) 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 останнього про своє рішення в розумний строк після отримання повідомлення про цю купівлю; б) отримати різницю у ціні від комісіонера, який вимушений буде це зробити, бо вийшов за

межі, встановлені комітентом. Якщо комісіонер зробив відповідну доплату за майно, комітент не має права відмовитися від прийняття виконання договору.

Комітент зобов'язаний забезпечити комісіонера усім 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 йдеться 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 останнього 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 із 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. 3 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 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 пору-

чився 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 третьої особи. Причому за це комісіонер отримує від комітента додаткову плату. Тому в разі невиконання договору особою, за яку поручився комісіонер, перед комітентом відповідає він, а не третя особа. В 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.

Певне 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

го в майбутньому іншому суб'єкті. В такому випадку наявними є два самостійних договори купівлі і 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 одержане 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 комітентові звіт про виконання доручення, в якому вказати дані про вчинений ним правочин (правочини), свої витрати, пов'язані з виконанням доручення, умови відступу від вказівок комітента 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 цьому разі не виникає потреби вчинення спеціального договору зберігання, бо обов'язок комісіонера зберігати майно впливає із суті договору комісії. Комісіонер зобов'язаний вжити 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 загрожувати 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, що 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 за випадковими обставинами, 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. Отже, 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 встановлює спеціальне правило, що спрямоване на захист інтересів комісіонера у разі, коли комітент не виконує своїх обов'язків за договором комісії. Згідно зі 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 у себе, якщо вони сталися з його вини; комісіонер, як кредитор, не має права користуватися річчю, яку він притримує у себе (чч. 2, 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 (Закон України «Про відновлення платоспроможності боржником або визнання його банкрутом» від 30 червня 1999 р.)¹, комітент 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 той факт, 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 перебуває 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 ньому будуть виявлені певні недоліки, комітент зобов'язаний повідомити комісіонера про вказану обставину негайно. Може він висловити й певні заперечення щодо

¹ Офіційний вісник України. – 1999. – № 33. – Ст. 1699.

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 прийнятним (статті 1022, 1023 ЦК).

Договір комісії може *припинитися* 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. В ЦК закріплені дві підстави такого припинення: а) відмова від договору комітента (ст. 1025 ЦК); б) відмова від договору комісіонера (ст. 1026 ЦК).

Стосовно вирішення питання щодо припинення договору комісії, комітент, у порівнянні 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 останнього. 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 комісіонера про своє рішення і у більш стислі строки.

При відмові комітента від договору постає питання щодо долі майна, яке залишилося у комісіонера. Комітент має 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 його за найвигіднішою для комітента ціною.

У випадку 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 усі 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 комітента. 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 комітента в цьому немає, бо ініціатива припинення договору надходила від комітента, комісіонер 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, а й при відмові від договору комісіонера (ст. 1026 ЦК). Проте це можливо лише у деяких випадках. Відповідно до ч. 1 ст. 1026 ЦК, комісіонер не вправі 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 встановлення необхідної стабільності у відносинах між сторонами. Комітент, який доручив виконання договору іншій особі, має бути впевнений у тому, що його доручення буде виконано. Насамперед 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 встановлено 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 йому 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 сторо-

нами. Це знаходить свій відбиток 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 із 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 передбачає правил щодо окремих видів договору комісії. В 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, в ЦК мають бути закріплені основні, найбільш важливі норми щодо договору комісії. Норми, які б враховували особливості окремих видів відносин, що впливають із договору комісії, можуть знайти своє закріплення в 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, що виникають в окремих видах договору комісії.

Глава 51. ДОГОВІР УПРАВЛІННЯ МАЙНОМ

§ 1. Загальна характеристика договору (предмет, форма, сторони)

Згідно зі ст. 1029 ЦК, *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 в результаті різних причин, мотивів та обставин. Ними може бути необхідність, що виникла внаслідок неможливості здійснювати правомочності 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 освідчений в 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 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 підвищену ступінь довіри між сторонами договору.

Укладенням такого договору замінюється або опосередковується реалізація правомочностей власника, визначених ст. 317 ЦК як права володіння, користування та розпоряджання його майном. Проте зосередження у управителя всіх трьох правомочностей не тягне за собою перехід до нього права власності на майно, що передане йому в управління. Тобто договір управління майном не опосередковує виникнення права власності у іншої особи (управителя) і не належить до групи договорів про передачу права власності на майно (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 тотожним правомочностям власника, але контрольованим з боку останнього чи інших осіб (органу опіки та піклування, нотаріуса). Тобто на відміну від власника, який здійснює право своєю волею, незалежно від волі інших осіб (ст. 316 ЦК), управитель реалізує свої повноваження 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 ж положення містить Закон України від 19 червня 2003 р. «Про іпотечне кредитування, операції з консолідованим іпотечним боргом та іпотечні сертифікати», розділ V якого врегульовує відносини довірчої власності і управління іпотечними активами.

Відомо, що довірча власність набула широкого застосування в англо-американському праві, яким випрацьовані відповідні засади й механізми і, що головне, 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. В ч. 2 ст. 1029 ЦК зазначається на 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 речового права.

Тому, виходячи з аналізу ст. 1029 ЦК, можна змоделювати декілька конструкцій правовідносин. *Перша*: договірні правовідносини, у 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 майна (виконанням договору) цей договір припиняється і виникають речові відносини – довірчої власності. *Третя*: речові відносини (довірчої власності) існують паралельно з 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 врегульовуються ним, 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, в оренду. Проте користування майном орендарем відрізняється від користування майном управителем, який його здійснює не для задоволення власних потреб в 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 (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 ГК. 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 договорами доручення та агентським договором 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 (за визначенням, яке надається 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 слід виключати й існування

безоплатного договору управління майном, коли мотивами управителя при його укладенні 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 моменту 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 передбачаються в ньому за бажанням сторін. До них відноситься 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, а запроваджує дію 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. При відсутності державної реєстрації договір управління майном вважається неукладеним (ст. 210 ЦК).

Предметом договору управління може бути будь-яке майно (в тому числі майнові права). Особливість становлять грошові кошти, управління якими за договором може здійснюватися як виняток у випадках, встановлених законом (ст. 1030 ЦК). Так, п. 5 ч. 4 ст. 47 Закону України від 7 грудня 2000 р. «Про банки і банківську діяльність» передбачає для банків можливість здійснення операцій по управлінню грошовими коштами клієнтів. Прикладом управління грошовими коштами є також діяльність по управлінню активами або коштами спільного інвестування згідно з Законом України від 15 березня 2001 р. «Про інститути спільного інвестування (пайові та корпоративні інвестиційні фонди)».

У зв'язку з відсутністю прямої заборони в управління можуть передаватися 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. Цим самим 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, повинно належати установнику управління на праві власності (ч. 1 ст. 1032 ЦК). Тому не можна укласти договір на управління майном особи, яка не є власником (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 також майнові права, що належать суб'єктам зобов'язальних правовідносин і суб'єктам права інтелектуальної власності. Оскільки управління грошовими коштами може встановлюватися лише якщо вони перебувають 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 ст. 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 способи зберігання цінних паперів, передбачені Законом України від 10 грудня 1997 р. «Про Національну депозитарну систему та особливості електронного обігу цінних паперів в Україні».

В управління може передаватися майно, що є предметом договору застави (ст. 1039 ЦК), за умов попереднього попередження про це управителя установником управління. 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 при цьому 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 або 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 наступного. 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 з метою недопущення 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 з боку кредитора (установника управління), так і з боку 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 Сімейного кодексу. Якщо обставини диктують необхідність управління майном кількома особами, чи це міститься, наприклад, в заповіті, у договорі буде пасивна множинність осіб. Не виключається також і змішана множинність осіб у цьому договорі.

Для договору управління майном як тривалого зобов'язання можлива й заміна сторін, що відбувається в результаті переходу права власності на майно, передане в управління, від установника управління до іншої особи. Це може бути пов'язане як з відчуженням такого майна, так і зі смертю його власника. У таких 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) в разі смерті власника; г) коли йдеться про державне та комунальне майно, право на яке, за загальним правилом, здійснюється опосеред-

ковано 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 буде виступати 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 його 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 десоує з положеннями ст. 44 ЦК, в якій зазначається, що опіку над майном встановлює (а не просто посвідчує договір управління майном) нотаріус, причому 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.

При необхідності управління майном, що входить до складу спадщини, укладається договір, установником управління яким можуть бути нотаріус або спадкоємці (ч. 1 ст. 1285, ст. 1287 ЦК). Останнє слідує з права спадкоємців призначити стороною особу, яка надає згоду на це (ст. 1289 ЦК), що і втілюється в договір 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 буде виступати 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 на підставі договору про їх відчуження творцем іншій особі, остання може виступати установником управління стосовно їх. 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 ін. 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. Винятки мають становити випадки, коли управління потребує майно, що використовується в підприємницькій діяльності, управителем яким може бути тільки суб'єкт цієї діяльності.

Вигодонабувач – це третя особа, на користь якої укладається договір управління майном. Вигодонабувач – не обов'язкова фігура у відносинах з приводу 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 в якості вигодонабувача.

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 в зв'язку з неможливістю управителя здійснювати управління майном (п. 6 ч. 1 ст. 1044 ЦК); право на відмову від одержання вигоди 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 і обов'язками наділені обидві його сторони.

Права та обов'язки управителя передбачаються у статтях 1037–1041 ЦК, в яких вони визначені загальним чином, а чітке їх регламентування міститься в договорі. Права та обов'язками управителя є:

а) *вчинення юридичних і фактичних дій*, пов'язаних з управлінням майном (ч. 2 ст. 1038 ЦК), що являють собою здійснення стосовно переданого йому майна правомочностей власника у межах, встановлених договором та законом. Про таке прямо зазначається в ч. 5

ст. 1033 ЦК стосовно дій довірчого власника по володінню, користуванню та розпорядженню майном, переданим йому в довірчу власність. При цьому ЦК висуваються певні умови до здійснення управителем своїх прав та обов'язків, які стосуються насамперед вимог по здійсненню управителем своїх повноважень з високим ступенем турботливості, дбайливого ставлення до майна, переданого в управління. Управитель при укладанні договорів на виконання управління має зазначати, що він хоча і є стороною договору, але діє як управитель, а не власник (чч. 2, 3 ст. 1038 ЦК). Відчуження цього майна і передання його в заставу відбуваються лише за згодою установника управління, що повинна виражатися додатково, безпосередньо перед здійсненням 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 був взмозі 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 управителеві зазначених коштів встановлюються договором, в 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 по утриманню майна, надання йому при необхідності ремонту тощо. Решту коштів управитель передає установнику управління або вигодонабувачеві, якщо інше не передбачено договором. Наприклад, такі кошти можуть, в свою чергу, бути предметом договору банківського вкладу чи використані для набуття прав на цінні папери з виплатою відповідного доходу вже в інші строки, встановлені договорами між управителем та банком чи іншою кредитною установою, або у строки, що обумовлюються правами з цінних паперів – акцій, облігацій тощо;

г) *на захист*, що аналогічно правам осіб, які мають речові права на

майно. Управитель може пред'являти віндикаційний, негаторний 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, встановлених 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, встановлених 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. Тобто управитель несе субсидіарну відповідальність перед третіми особами своїм власним майном. Це загальне правило. Спеціальне ж правило міститься у 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, які беруть участь у правочині, 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, вста-

новленим у 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 з сторін про це дія договору триває на такий же строк, і лише заява сторони про небажання продовжувати договірні відносини у зв'язку з закінченням строку, встановленого 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 й коли вигодонабувачем є сам установник управління. Права і 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 заінтересований в 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 унеможлиблюється 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 не зможе 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 припинитись 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).

В 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 в 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 усіх зобов'язань перед установником управління іпотечними активами (ст. 36 Закону України «Про іпотечне кредитування, операції з консолідованим іпотечним боргом та іпотечні сертифікати»);

і) 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.

Розділ XIII. Zobov'язання, що пов'язані з наданням фінансових послуг

Глава 52. СТРАХОВІ ZOBOB'язання

§ 1. Загальні положення про страхування

В процесі життєдіяльності людина постійно перебуває під впливом різноманітних шкідливих факторів: хвороб, нещасних випадків, дорожньо-транспортних пригод, стихійних лих тощо. Разом з тим у житті людини можуть мати місце певні події, які не носять 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 або 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 разі, мінімізацію) негативних (небажаних) наслідків, викликаних різними причинами. Воно належить до репресивних способів боротьби з негативними наслідками¹.

Легальне визначення страхування міститься у Законі України «Про страхування»², відповідно до ст. 1 якого страхування – це вид цивільно-правових відносин³ щодо захисту майнових інтересів

¹ В той же час, в деяких випадках страхування опосередковано також спрямовано на попередження (превенцію) настання шкідливих наслідків. Так, напр., п. 3. Положення про обов'язкове особисте страхування від нещасних випадків на транспорті, затв. пост. КМУ № 959 від 14 серпня 1996 р., передбачає, що у разі перевищення обсягів страхових платежів над виплатами страхових відшкодувань страховики відраховують транспортним організаціям до 50 відсотків зазначених сум згідно з укладеними з ними договорами на фінансування запобіжних заходів, спрямованих на зменшення травматизму на транспорті.

² Закон України «Про страхування» від 7 березня 1996 р. (в ред. Закону від 4 жовтня 2001 р.) // ВВР України. – 2002. – № 7. – Ст. 50.

³ Страхування як вид цивільно-правових відносин відрізняється 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 січня 1998 р. (ВВР України. – 1998. – № 23. – Ст. 121), 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.

громадян та юридичних осіб у разі настання певних подій (страхових випадків), визначених договором страхування або чинним законодавством, за рахунок грошових фондів, що формуються шляхом сплати громадянами 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 формі¹.

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 одного². 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»³. Самострахування може застосовуватись 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 створенні.

Особливе значення має третя форма організації страхового фонду – власне страхування. На відміну від перших двох форм створення стра-

¹ Чинне законодавство передбачає створення страхового фонду при проведенні страхування виключно у грошовій формі.

² Наприклад, ст. 14. Закону України «Про господарські товариства» передбачено створення у господарському товаристві резервного (страхового) фонду у розмірі, встановленому установчими документами, але не менше 25 відсотків статутного капіталу.

³ Райхер В. К. Общественно-исторические типы страхования. – М.: Изд-во АН СССР, 1947. – С. 16.

хового 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 розкладенні збитків, заподіяних одній особі, серед якомога більшого кола суб'єктів, для кожного з яких окремо матеріальні втрати 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'язання¹. Головне місце серед правових актів, що регулюють страхові зобов'язання належить ЦК, в якому страхуванню присвячена окрема глава – 67 (Страхування). Особливу увагу в ЦК приділено питанням правового регулювання договору страхування. Разом з тим, якщо інше не встановлено актами цивільного законодавства, положення ЦК застосовуються також щодо відносин, що впливають із обов'язкового страхування (ч. 2 ст. 999). З цього слідує, що до відносин, які впливають 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 «Про страхування», який регулює відносини у сфері страхування і спрямований на створення ринку страхових послуг, посилення страхового захисту майнових інтересів юридичних та фізичних осіб. Вказаний Закон містить загальні положення правового регулювання страхових зобов'язань, а також основні страхові поняття та категорії, як-то: страховики, страхувальники, страховий ризик, страховий випадок, страхова сума, страхове відшкодування тощо.

До актів цивільного законодавства, що регулюють страхові зобов'язання, також відносяться укази Президента України, постанови Кабінету Міністрів України (ст. 11 ЦК).

Важливе значення мають правові нормативні акти спеціального уповноваженого центрального органу виконавчої влади у справах нагляду за страховою діяльністю (далі – Уповноважений орган), який

¹ Крім актів цивільного законодавства, правові норми, що регулюють відносини у сфері страхування, також містяться у нормативно-правових актах, які відносяться до інших галузей права (адміністративного, фінансового, податкового та ін.).

видає нормативно-правові акти в межах повноважень, передбачених законом¹.

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 виду страхування². Порядок та правила проведення окремих видів обов'язкового страхування встановлюються Кабінетом Міністрів України та затверджуються його відповідними постановами, які належать до актів цивільного законодавства і 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 дотримуватись 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 умови (зміст) цього договору страхування, але не допускаючи істотної зміни положень, що містяться в правилах страхування.

§ 2. Страхові зобов'язання: поняття, характеристика

Страхові зобов'язання є самостійним видом цивільно-правових

¹ Спеціально уповноваженим центральним органом виконавчої влади у справах нагляду за страховою діяльністю відповідно до Указу Президента України від 11 грудня 2002 р. № 1153/2002 «Про Державну комісію з регулювання ринків фінансових послуг України» є Державна комісія з регулювання ринків фінансових послуг України.

² Питання юридичної природи загальних умов добровільного страхування має важливе значення як в 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 є більш вигідними для останнього і які закріплюються в тексті договору страхування. 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.

зобов'язань, які опосередковують відносини з надання фінансових послуг¹.

Страховим зобов'язанням є правовідношення, в якому одна сторона (страховик) зобов'язується у разі настання певної події (страхового випадку) здійснити страхову виплату другій стороні (страхувальнику) або іншій особі, визначеній у договорі страхування страхувальником або зазначеній 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).

Страхування може здійснюватись у двох формах: добровільній або обов'язковій (ст. 5 Закону «Про страхування»; далі – Закон).

Обов'язкове страхування виникає в силу прямої вказівки Закону, який зобов'язує його учасників (здебільшого – страхувальника) укласти договір страхування². 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 ефект³. 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, Закон⁴ містить вичерпний перелік обов'язкових його видів⁵.

¹ До фінансових послуг згідно з Законом України «Про фінансові послуги та державне регулювання ринків фінансових послуг» від 12 липня 2001 р. належать операції з фінансовими активами (якими є: 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 // ВВР України. – 2002. – № 1. – Ст. 1.

² Така обов'язковість для укладення договору обов'язкового страхування є відступленням від приватно-правового принципу свободи договору.

³ Манс А. Основы страхового дела: Пер с нем М. В. Побединского / Под ред. М. И. Ушакова. – СПб.: Изд-е М. В. Кечеджи-Шаповалова, 1909. – С. 40.

⁴ Обов'язкові види страхування, які запроваджуються законами України, мають бути включені до Закону «Про страхування».

⁵ До прийняття нової редакції Закону «Про страхування» (4 жовтня 2001 р.) застосовувався один із різновидів обов'язкового страхування – обов'язкове державне страхування, страхові платежі за яким сплачувались за рахунок державного бюджету. Проте з прийняттям нової редакції Закону «Про страхування» передбачено заміну обов'язкового державного страхування на безпосереднє здійснення потерпілим компенсаційної виплати з Державного бюджету України головними розпорядниками бюджетних коштів за цільовими платежами за місцем роботи потерпілого.

Істотні умови обов'язкового страхування: порядок та правила його проведення¹, розміри страхових сум та максимальні розміри страхових тарифів або методика актуарних розрахунків встановлюються Кабінетом Міністрів України².

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) здійснити страхову виплату другій стороні (страхувальникові) або іншій особі, визначеній у договорі страхувальником, на користь якої укладено договір страхування (подати допомогу, виконати послугу тощо), а страхувальник зобов'язується сплачувати страхові платежі у визначені строки 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 – виплатити грошову суму (здійснити страхову виплату) 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 ніяким чином не впливає на двосторонній характер договору страхування.

¹ 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 (п.2.13 Ліцензійних умов провадження страхової діяльності, затв. розпорядженням Державної комісії з регулювання ринків фінансових послуг України 28 серпня 2003 р. № 40).

² Для здійснення обов'язкового страхування Кабінет Міністрів України, крім наведеного, встановлює також форми типового договору та особливі умови ліцензування обов'язкового страхування.

Договір страхування є **оплатним**. Страхувальник, сплачуючи страховий платіж, здійснює плату за страхування, 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, застрахованій або іншій третій особі. 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 інше ним не встановлено, 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, в момент 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. При наявності такого погодження сторін договір страхування носить *консенсуальний* характер.

Характерною ознакою договору страхування є **непевність** виникнення обов'язку страховика щодо здійснення страхової виплати, що дозволяє віднести договір страхування до **ризикових** (алеаторних) договорів¹. 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)

¹ Ризик у самому широкому 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 правідношення (окремий договір страхування). З економічної точки зору, як зазначав А. Г. Гойхбарг, страхування для страховика не повинно носити ризиковий характер, в противному 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. Единное понятие страхового договора*. – СПб.: Типографія т-ва «Общественная польза», 1914. – С. 25). Сума виплат за зобов'язаннями страховика повинна забезпечити безперебійне виконання ним його фінансових зобов'язань по здійсненню страхових виплат та покрити витрати на здійснення страхової діяльності (див., напр., *Коньшин Ф. В. Государственное страхование в СССР*. – М.: Финансы, 1968. – 328 с.).

страхову виплату (страхове відшкодування, страхову суму), а якщо її одержить, то чи вигідно йому буде одержання такої страхової виплати (страхового відшкодування, страхової суми) при встановленій тривалості внесення платежів (премій)¹.

Необхідною передумовою страхового зобов'язання є **страховий інтерес**², який обумовлюється потребою у компенсації майнових втрат, що настали внаслідок пошкодження (втрати) або недоодержання певних матеріальних цінностей. Страховий інтерес носить 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 страхуванні³. Страховий інтерес повинен бути правомірним (ст. 980 ЦК, ст.4 Закону). Страхування протиправних інтересів не допускається⁴. Він має належати конкретній особі (страхувальнику або призначеній страхувальником третій особі)⁵.

При здійсненні страхування досить широко використовуються такі його різновиди як співстрахування та перестрахування.

Співстрахування – це страхування одного об'єкта (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 і обов'язки кожного із страховиків повинні бути визначені у договорі. Співстрахування здійснюється лише за згодою страхувальника. Між учасниками договору співстрахування 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. Використовування

¹ *Серебровський В. И.* Очерки советского страхового права. – М.–Л.: Госюриздат, 1926. – С. 65.

² *Граве К. А., Лунц Л. А.* Страхование. – М.: Госюриздат, 1960. – С. 42.

³ *Шиминова М. Я.* Основы страхового права России. – М.: Анкил, 1993. – С. 31.

⁴ Неможливо застрахувати, наприклад, від захоплення заручників, оскільки в протилежному разі здійснення страхової виплати за звільнення заручників буде стимулювати певних осіб до протиправних дій.

⁵ 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 (напр., особа, яка внаслідок пошкодження або загибелі майна може понести матеріальні втрати).

моделі співстрахування може бути викликано різними причинами: наявність значних за обсягом об'єктів, і як наслідок цього – неможливість для одного страховика прийняти цей об'єкт на страхування, необхідність використання різного роду страхової кооперації (наприклад, страховий пул) тощо¹.

Від співстрахування істотно відрізняється **перестрахування**, яке є формою страхування страховиком своїх фінансових ризиків, пов'язаних зі здійсненням страхувальнику страхових виплат при настанні страхового випадку. Необхідність перестрахування (як і співстрахування) викликана, зокрема, наявністю значних ризиків (наприклад, екологічних, космічних, ядерних), які окремий страховик не в змозі прийняти на страхування, не порушуючи нормативно встановлені вимоги щодо забезпечення своєї платоспроможності². Так, згідно зі ст. 30 Закону, якщо страхова сума за окремим об'єктом страхування перевищує 10 відсотків суми сплаченого статутного капіталу і сформованих вільних резервів та страхових резервів, страховик зобов'язаний укласти договір перестрахування.

Перестрахування – це страхування одним страховиком, який уклав договір страхування, ризику виконання частини своїх обов'язків перед страхувальником у іншого страховика (перестраховика). Останній має право приймати ризики в перестрахування лише з тих видів добровільного і 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 страхувальником³. В страховій практиці страховик за договором перестрахування, який передає в перестрахування частину своїх ризиків, іменується цедентом, перестраховальником, а перестраховик, який приймає вказаний ризик – також і цесіонарієм. У договорі перестрахування страховик за основним договором страхування займає місце страхувальника. Останній при настанні страхового випадку вправі звернутись з вимо-

¹ В 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 страхувальнику (вигодонабувачу), що виключає можливість безпідставного збагачення. А тому, наприклад, подвійне страхування не може застосовуватися в особистому страхуванні.

² Чинне законодавство значну увагу приділяє питанням забезпечення платоспроможності страховиків. Так, ст. 30 Закону «Про страхування» передбачає, що страховики зобов'язані дотримуватися таких умов забезпечення платоспроможності: наявність сплаченого статутного капіталу та наявність 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.

³ Для укладення договору перестрахування страховик не зобов'язаний повідомляти про це страхувальника.

гою про здійснення страхової виплати лише до контрагента за укладеним ним договором страхування – страховика. Тому страховик, який уклав договір перестрахування, залишається відповідальним перед страхувальником у повному обсязі відповідно до договору страхування (ч. 2. ст. 987 ЦК, ст. 12 Закону).

§ 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.

Відповідно до ст. 2. Закону *страховиком* визнається фінансова установа¹, яка створена у формі акціонерних, повних, командитних товариств або товариств з додатковою відповідальністю і здійснює страхову діяльність на підставі відповідної ліцензії.

Для набуття статусу страховика необхідне додержання встановлених чинним законодавством вимог. Так, страхова діяльність в Україні здійснюється виключно страховиками – резидентами України, 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. Так, предметом безпосередньої діяльності страховика може бути лише страхування, перестрахування 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 зазначе-

¹ 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 та яка внесена до відповідного реєстру в порядку, встановленому законом. 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 інших юридичних осіб, виключним видом діяльності яких є надання фінансових послуг. Разом з тим наведене прямо суперечить положенням ЦК, в 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 «Про страхування» 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.

ними видами діяльності, а також будь-які операції для забезпечення власних потреб страховика (ст. 2 Закону). Мінімальний розмір статутного капіталу страховика, який займається видами страхування іншими, ніж страхування життя, встановлюється в сумі, еквівалентній 1 млн. євро, а страховика, який займається страхуванням життя, – 1,5 млн. євро за валютним обмінним курсом валюти України. При створенні страховика або збільшенні зареєстрованого статутного капіталу статутний капітал повинен бути сплачений (за деяким винятком) виключно в грошовій формі (ст. 30 Закону)¹.

Крім 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 страхування², які не мають на меті одержання прибутку, і тому не є суб'єктами підприємницької діяльності. Головна їх мета – захистити інтереси своїх учасників. 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 об'єкти 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 об'єднання з правами юридичної особи, які не є страховиками і не можуть займатися страховою діяльністю (ст. 13 Закону).

Другим обов'язковим учасником (стороною) страхового зобов'язання є **страхувальник**. Страхувальниками визнаються юридичні особи та дієздатні фізичні особи, які уклали із страховиками договори страхування або є страхувальниками відповідно до законодавства.

¹ 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 в кредит, позику та під заставу, і внесення нематеріальних активів.

² Порядок створення та діяльності товариств взаємного страхування регулюється Тимчасовим положенням про товариство взаємного страхування, затв. постановою Кабінету Міністрів України від 1 лютого 1997 р. № 132.

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 укладанні договорів особистого страхування призначати 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, 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 відбутись подія, яка викликає обов'язок страховика здійснити страхову виплату. Страхувальник вправі укласти із страховиком договір на користь 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 страхувальника 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 нерезиденти¹.

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 страхувальник. *Перестрахові брокери* – юридичні особи, які здійснюють за винагороду посередницьку діяльність у перестраховуванні від свого імені на підставі брокерської угоди (договору) із страховиком, який має потребу у перестраховуванні як перестраховальник. Відносини страхового (перестрахового) брокера з потенційним (майбутнім) страхувальником (перестраховальником), які опосередковуються брокерською угодою, носять комісійний або агентський характер.

На відміну від страхових (перестрахових) брокерів, **страхові агенти** є представниками страховика і діють в 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 транспортна організація, що виступає агентом страховика, на підставі агентського договору з страховиком, видає страховий поліс². На території України допускається посередницька діяльність з укладання договорів страхування лише з страховиками-резидентами, а також посередницька діяльність з укладання договорів перестраховування і з іноземними страховиками з дотриманням встановленого чинним законодавством порядку.

§ 4. Укладання договору страхування та його істотні умови

Порядок укладання 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

¹ Порядок здійснення діяльності страховими посередниками регулюється Положенням про порядок провадження діяльності страховими посередниками, затв. постановою Кабінету Міністрів України від 18 грудня 1996 р. № 1523.

² Пункт 3 Положення про обов'язкове особисте страхування від нещасних випадків на транспорті, затв. постановою КМУ від 14 серпня 1996 р. № 959.

шляхом пропозиції однієї сторони укласти договір (оферти) і прийняття пропозиції (акцепту) другою стороною. Для укладання договору страхування страхувальник подає страховику письмову заяву за формою, встановленою страховиком, або іншим чином заявляє про свій намір укласти договір страхування (ст. 18 Закону). Одержавши заяву (пропозицію) страхувальника про укладання 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. 205 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 (ст. 18 Закону). Для того, щоб страхове свідоцтво (поліс, сертифікат) мало силу договору, воно повинно 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 повинен містити договір страхування, а саме: умови 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, працезд-

датністю та пенсійним забезпеченням (особисте страхування); 2) володінням, користуванням і розпорядженням майном (майнове страхування); 3) відшкодуванням шкоди, завданої страхувальником (страхування відповідальності) (ст. 980 ЦК)¹. 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 (наприклад, або настане смерть застрахованої особи в період чинності договору, або застрахована особа доживе до закінчення чинності 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 подія², передбачена договором страхування або законодавством, яка відбулася і з настанням якої виникає обов'язок страховика здійснити виплату страхової суми (страхового

¹ Закон України «Про страхування» містить термін «об'єкти страхування», який застосовується у аналогічному значенні. Виходячи з цього, в подальшому терміни «предмет договору страхування» та «об'єкт страхування» необхідно вживати як синоніми.

² Термін «подія» в даному випадку має більш широке значення, ніж загальноживане. Він також охоплює і дії різних осіб (наприклад, заподіяння страхувальнику шкоди третьою особою).

відшкодування) страхувальнику, застрахованій або іншій третій особі (ч. 2 ст. 8 Закону).

Страховий випадок тісно пов'язаний з **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, повинна бути такою, настання якої можливе в майбутньому, проте учасникам страхування невідомо наступить вона, чи ні. Якщо сторонам (або хоча б одній стороні) наперед відомо, що передбачена подія обов'язково наступить (або навпаки не наступить), 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 наступила 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 випадку¹ 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.

Порядок визначення страхової суми залежить від виду страхування. При страхуванні майна страхова сума встановлюється в межах його вартості за цінами і тарифами, що діють на момент укладення договору, якщо інше не передбачено договором страхування. 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. Залежно від розміру страхової суми визначається розмір страхового платежу та страхової виплати.

¹ 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.

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 сплачуватись як одночасно, так і кількома послідовними внесками. Несплата першого (або чергового) страхового платежу у встановлені договором страхування строки є підставою для його дострокового припинення (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 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 зміст¹.

Страхова виплата – це грошова сума, яка виплачується страховиком відповідно до умов договору страхування при настанні страхового випадку (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 страхова виплата здійснюється страховиком у межах страхової суми і носить назву «страхове відшкодування». Останнє не може перевищувати розміру прямого збитку, якого зазнав страхувальник (вартості майна, що загинуло, розміру фінансових втрат в результаті проведення підприємницької операції тощо)².

Якщо майно застраховане у кількох страховиків (подвійне страхування) і загальна страхова сума перевищує дійсну вартість майна, то страхове відшкодування, що виплачується усіма страховиками, не може перевищувати дійсної вартості майна. При цьому кожний страховик здійснює виплату пропорційно розміру страхової суми за укладеним ним договором страхування.

У деяких випадках розмір страхового відшкодування може пере-

¹ 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), які виплачуються страховиком страхувальнику (вигодонабувачу), збігаються. (втрачається принцип забезпеченості при страхуванні).

² Як вбачається, більш правильним було б здійснення відшкодування збитків страхувальнику (вигодонабувачу) як в грошовій формі, так і натуральній. Страховику повинно бути надане право вільного вибору форми компенсації у разі настання страхового випадку.

вищувати розмір прямого збитку або бути меншим 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 ст. 20 Закону).

Страхова сума не може перевищувати вартість (страхову оцінку) об'єкта страхування. Сторони у договорі страхування за своїм розсудом можуть визначити страхову суму і у розмірі меншому, ніж вартість об'єкта страхування. 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.

При пропорційній системі страхове відшкодування виплачується у такій же частці від визначених по страховій події збитків. При застосуванні системи першого ризику страхова сума встановлює верхню межу зобов'язань (відповідальності) 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 страхувальника¹. Чинне законодавство (ст. 9 Закону), як загальне правило, передбачає пропорційну систему.

Другим фактором, який впливає на зменшення страхового відшкодування є франшиза (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. Застосування франшизи, з одного боку, звільняє страховика від здійснення невеликих за розміром виплат і здійсненням пов'язаних з цим різноманітних заходів (наприклад, проведення оцінки збитків, що може вимагати значних порівняно з самими збитками витрат). З другого боку, франшиза спонукає страхувальника до дбайливого ставлення до об'єкта страхування. Якщо збитки, заподіяні страхувальнику (вигодонабувачу), 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: умовна чи безумовна. При умовній франшизі відшкодовуються запо-

¹ Граве К. А., Луц Л. А. Страхование. – М.: Госюриздат, 1960. – С. 53.

діяні збитки у повному обсязі; при безумовній франшизі відшкодовуються збитки за вирахуванням встановленого розміру франшизи.

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.

Строк договору страхування, як істотна його умова, 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. Можливе також дострокове припинення чинності договору страхування з підстав, передбачених законом або договором.

§ 5. Зміст страхового зобов'язання. Відповідальність сторін

Зміст будь-якого зобов'язання складають права та обов'язки його сторін. Сторони договору страхування наділенні правами. На них покладені також і обов'язки. Зміст прав та обов'язків визначається сторонами за їх розсудом з урахуванням положень актів цивільного законодавства, яке містить перелік обов'язків сторін і які 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) та 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 виплати страхувальнику. Страховик вправі самостійно з'ясувати причини та обставини страхового випадку. При цьому він 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. Від-

повідно 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, в основному, 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 в 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 об'єкт страхування або про факт настання страхового випадку;

4) одержання страхувальником повного відшкодування збитків за майновим страхуванням від особи, винної у їх заподіянні¹;

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 у інших випадках, передбачених законом або умовами договору страхування, якщо це не суперечить закону. Якщо страхувальник не погоджується з підставами відмови у страховій виплаті, то відмову страховика у страховій виплаті може бути ним оскаржено у судовому порядку.

В 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 та ст. 20 Закону). Стра-

¹ У цьому разі у страхувальника повністю відсутній страховий інтерес (збитки), тому відсутні правові підстави для їх компенсації.

ховик при укладенні договору страхування зобов'язаний ознайомити страхувальника з умовами та правилами страхування¹.

Якщо це передбачено умовами договору страхування, страховик зобов'язаний відшкодувати витрати, понесені страхувальником при настанні страхового випадку щодо запобігання або зменшення збитків, наскільки здійсненні ним заходи були доцільні, незалежно від їх наслідків, тобто незалежно від того, чи досягли вони мети (чи був врятований об'єкт страхування), чи ні. 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 у сукупності із страховим відшкодуванням, вони перевищують дійсну вартість об'єкта страхування².

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 договором³.

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

¹ Враховуючи, 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), страхувальнику необхідно мати повну інформацію про умови та правила взаємовідносин із страховиком.

² 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. 20 Закону «Про страхування».

³ Якщо договір страхування набирає чинності до сплати першого страхового платежу або страхові платежі здійснюються послідовно, в договорі страхування визначаються строки внесення чергових страхових платежів.

значення для оцінки страхового ризику, і надалі інформувати його про будь-які зміни страхового ризику¹.

По-третє, при укладенні договору страхування страхувальник зобов'язаний повідомити страховика про інші договори страхування, укладені щодо об'єкта, який страхується. Якщо страхувальник не виконав цього обов'язку, кожний новий договір страхування (якщо їх декілька) є нікчемним.

По-четвертих, страхувальник зобов'язаний вживати заходів щодо запобігання збиткам, завданям настанням страхового випадку, та їх зменшення. За таких умов, 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'ятих, як тільки страхувальнику стане відомо про настання страхового випадку, він зобов'язаний повідомити страховика про його настання у строк, встановлений договором. Такий обов'язок лежить також і на вигодонабувачеві. Несвоєчасне повідомлення страхувальником (вигодонабувачем) про настання страхового випадку без поважних на те причин, є підставою для відмови у страховій виплаті².

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 викликаний був 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).

В 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 без-

¹ Страхові відносини будуються за загально визнаним принципом найвищої довіри сторін, який передбачає надання сторонами (здебільшого страхувальником) повної інформації про себе, включаючи конфіденційну.

² У той же час страховик не може бути звільнений від обов'язку здійснити страхову виплату, якщо таке несвоєчасне повідомлення про настання страхового випадку ніяким чином не впливає на обставини настання страхового випадку та розмір заподіяних ним збитків.

посереднього 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 і одержання від нього компенсації, припиняється обов'язок страховика щодо виплати страхового відшкодування на підставі відсутності (припинення) у страхувальника страхового інтересу. 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.

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, вказаний перехід права вимоги здійснюється виключно в силу прямої вказівки закону (ст. 993 ЦК, ст. 27 Закону) і ніякого додаткового оформлення не потребує. По-третє, положення ст. 993 ЦК (ст. 27 Закону), що застосовуються лише при майновому страхуванні (страхуванні відповідальності), не прийнятні для особистого страхування.

Відповідальність. За невиконання або неналежне виконання умов укладення договору, сторони несуть цивільно-правову відповідальність. Так, у разі несплати страховиком страхувальникові 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, ст. 20 Закону). Сторони у договорі страхування можуть передбачити інші правові підстави порушення умов договору страхування та відповідальності, а також встановлювати її розмір.

За порушення умов договору страхування для страхувальника, вигодонабувача або застрахованої особи можуть наступити негативні наслідки у формі відмови страховика від здійснення страхової виплати, дострокового припинення договору страхування на вимогу страховика.

§ 6. Припинення договору страхування. Його недійсність

Договір страхування припиняється у випадках, встановлених договором та законом (ст. 997 ЦК). Цим договором можуть бути передбачені випадки односторонньої відмови від нього страхувальника або страховика. Останній не має права відмовитися від договору особистого страхування без згоди на це страхувальника, який не допускає порушення договору, якщо інше не встановлено договором або законом.

Про намір достроково припинити дію договору страхування будь-яка сторона зобов'язана повідомити іншу не пізніше як за тридцять календарних днів до дати припинення дії договору страхування, якщо інше ним не передбачено.

У разі дострокового припинення дії договору страхування, 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.

Закон передбачає, що договір страхування припиняється із закінченням строку його дії. Достроково чинність цього договору може бути припинена за згодою сторін, а також у разі: 1) виконання страховиком зобов'язань перед страхувальником у повному обсязі; 2) несплати страхувальником страхових платежів у встановлені договором строки (першого платежу – за реальним договором страхування; другого або наступних – за 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 страховальнику, якщо інше не передбачено умовами договору (ст. 28 Закону); 3) ліквідації страховальника – юридичної особи або смерті страхувальника – фізичної особи чи втрати ним дієздатності, за винятком випадків, передбачених законом¹; 4) ліквідації страховика у порядку, встановленому законодавством України; 5) постановлення судового рішення про визнання договору страхування недійсним.

У разі дострокового припинення дії договору страхування життя страховик виплачує страховальнику викупну суму, яка є майновим правом страховальника за договором страхування життя. Якщо вимога страховика зумовлена невиконанням страховальником умов договору страхування, останньому повертається викупна сума².

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 додаткові (спеціальні) підстави для недійсності договору страхування: 1) якщо його укладено після страхового випадку; 2) якщо об'єктом 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) також визнається нікчемним, якщо страховальник не повідомив страховика про те, що об'єкт уже застрахований (ст. 989 ЦК).

Глава 53. ДОГОВІР ПОЗИКИ

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 (ст. 1046 ЦК).

ЦК не містить обмежень в регулюванні питання про суб'єктний

¹ ЦК (статті 994–996) та Законом «Про страхування» (статті 22–24) передбачені випадки збереження чинності договором страхування при ліквідації страховальника – юридичної особи або смерті страхувальника – фізичної особи чи втрати ним дієздатності.

² 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.

склад договору позики. У ролі *позикодавця* та *позичальника* можуть виступати будь-які фізичні та юридичні особи, держава та інші публічно-правові утворення, тобто договір позики як універсальний договір може обслуговувати як побутові потреби, так і підприємницькі цілі.

Однак слід враховувати, що згідно зі ст. 4 Закону України від 12 серпня 2001 р. «Про фінансові послуги та державне регулювання ринків фінансових послуг» (далі – Закону) надання коштів у позику, у тому числі й на умовах фінансового кредиту, є фінансовою послугою. Фінансові послуги надаються фінансовими установами, до яких належать банки, кредитні спілки, ломбарди, лізінгові 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. Отже, юридичні особи та фізичні особи-суб'єкти підприємницької діяльності не можуть систематично надавати грошові кошти у позику. Однак поняття систематичності стосовно цих відносин законодавством не визначене. Крім того, надавати кошти у позику *за рахунок залучених коштів* мають право лише *кредитні установи* на підставі відповідної ліцензії (ч. 3 ст. 5 Закону).

Предметом договору позики можуть бути грошові кошти у готівковій та безготівковій формі, а також речі, визначені родовими ознаками. Майно, що складає предмет позики, переходить у власність позичальника і використовується ним на власний розсуд. Отже, позикодавець має право вимагати повернення не того ж майна (тих самих грошових купюр), а майна такого ж роду та якості (певної грошової суми).

Договір позики укладається у *письмовій формі*. Недодержання письмової форми автоматично не тягне за собою недійсність договору позики, але за наявності спору рішення суду не може ґрунтуватися на свідченнях свідків.

Виходячи з того, що у відносини позики досить часто вступають громадяни, ЦК регулює спрощений порядок їх оформлення. Згідно зі ст. 1047 ЦК договір позики на суму, яка не перевищує десяти неоподатковуваних мінімумів доходів громадян, за винятком договору позики, в якому позикодавцем є юридична особа, може бути укладений в усній формі. На підтвердження його укладення надається розписка позичальника або інший документ, який підтверджує передачу позикодавцем певної грошової суми або певної кількості речей. Відсутність боргового документа тягне такі ж самі наслідки, що й недодержання письмової форми – у разі спору сторони не можуть посилатися на свідчення свідків.

Позика за своєю юридичною природою є реальним, одностороннім, та, за загальним правилом, оплатним договором.

Реальність позики прямо встановлена ст. 1046 ЦК, згідно з якою договір позики є укладеним з моменту передання грошей або інших речей, визначених родовими ознаками. Норма ЦК сформульована ім-

перативним чином, отже, сторони не можуть договором передбачити обов'язок позикодавця *надати* позику, тобто не можуть використати конструкцію консенсуального договору¹. Однак їм ніщо не заважає укласти попередній договір (ст. 635 ЦК) про вчинення договору позики в майбутньому і визначити в ньому відповідальність сторін у разі його невиконання.

Якщо предметом позики виступають безготівкові кошти, договір є укладеним з моменту, коли гроші будуть перераховані на рахунок позичальника, відкритий у банківській установі. Тобто моментом надання безготівкової позики є дата зарахування коштів на рахунок позичальника.

Односторонній характер позики полягає в тому, що обв'язок за цим договором має лише позичальник: він зобов'язаний повернути позикодавцеві отриману суму грошей або таку ж кількість речей такого ж роду та якості у строк та у порядку, передбачені договором.

Відносини позики можуть бути як *оплатними*, так і *безоплатними*. Згідно зі ст. 1048 ЦК позикодавець має право на одержання від позичальника процентів від суми позики, якщо інше не встановлене договором або законом. Отже, договір позики презюмується оплатним. Відсутність у ньому вказівки на розмір процентів та порядок їх виплати не робить його безоплатним. У цьому випадку розмір процентів визначається на рівні облікової ставки Національного банку України, а виплата здійснюється щомісяця до дня повернення позики. Безоплатним договір позики буде тоді, коли це прямо передбачено договором або законом. Зокрема, законом договір позики презюмується безоплатним лише у двох випадках, по-перше, якщо він укладений між фізичними особами на суму, яка не перевищує п'ятдесятикратного розміру неоподатковуваного мінімуму доходів громадян, і не пов'язаний із здійсненням підприємницької діяльності хоча б однією із сторін; і, по-друге, позичальнику передані речі, визначені родовими ознаками. Однак і у зазначених випадках сторони можуть домовитися про оплатний характер їх відносин. Винагорода за договором позики речей може полягати як у переданні певних речей, так і у сплаті певної грошової суми.

Оскільки договір позики є одностороннім, його зміст складає *обов'язок* позичальника повернути позикодавцю отриману суму грошей або таку ж саму кількість речей того ж роду та якості та, за загальним правилом, виплатити проценти (винагороду), і кореспондуюче цьому обов'язку позичальника *право* позикодавця. Строк і порядок повернення боргу та виплати винагороди зазвичай визначаються договором. Якщо ці питання не врегульовані договором, відносини, що ви-

¹ Іншої точки зору додержується О.В. Кривенда, який вважає, що «не існує перешкод для встановлення сторонами умови про можливість набрання чинності договору позики з моменту досягнення згоди щодо істотних умов договору та належного його оформлення» // Цивільне право України: Підруч. У 2 кн. / За ред. О. В. Дзери, Н. С. Кузнецової. – К.: Юрінком Інтер, 2002. – С.348.

никли, мають регулюватися за правилами, встановленими ЦК. Так, коли строк повернення позики не передбачений договором або визначений моментом пред'явлення вимоги, позика має бути повернена позичальником протягом тридцяти днів від дня пред'явлення позикодавцем вимоги про це¹, якщо інший пільговий строк (більший чи менший) не встановлений договором (ч. 1 ст. 1049 ЦК).

Можливість дострокового повернення позики залежить від того, оплатний чи безоплатний характер має договір позики. За загальним правилом, безоплатна позика може бути повернена позичальником *достроково* (ч. 2 ст. 1049 ЦК), про інше слід домовитися безпосередньо договором. І, навпаки, позика надана під проценти, може бути повернена достроково тільки зі згоди позикодавця. Це прямо не визначається ЦК, однак впливає із змісту статей 531, 1049 ЦК. Дострокове повернення процентної позики суперечить суті оплатних позикових відносин, бо у такому випадку позичальник залишиться без частини прибутку, який він планував отримати за користування його грошовими коштами.

Проценти за оплатним договором позики можуть виплачуватися одноразово або через певні проміжки часу. Однак за відсутності іншої домовленості вони повинні сплачуватися кожного місяця до дня *фактичного* повернення позики (а не до визначеного договором строку повернення).

Якщо сторони договором позики не встановили місце виконання зобов'язання, то виконання проводиться за місцем проживання кредитора (позикодавця), а якщо позикодавцем є юридична особа, – за її місцезнаходженням на момент виникнення зобов'язання (ст. 532 ЦК).

Договір позики припиняється на підставах, визначених гл. 50 ЦК. Найпоширенішою підставою припинення зобов'язання є його належне виконання. Виконання договору позики пов'язується з моментом фактичного передання позикодавцеві грошей або речей, визначених родовими ознаками, або моментом зарахування грошової суми, що позичалася, на банківський рахунок позичальника (ч. 3 ст. 1049 ЦК).

Оскільки гроші та речі, визначені родовими ознаками, переходять у власність позичальника, їх подальша доля ніяким чином не впливає на існування відносин позики. Випадкове знищення речей або грошей, їх крадіжка не призведе до припинення договору, оскільки об'єкти, визначені родовими ознаками, є замінними, тобто виконання такого договору юридично завжди можливе. Середньовічними юристами це правило було сформульоване наступним чином – *genus non perit* – рід не гине.

Досить часто позикодавець, надаючи позику, вимагає встановлення забезпечення її повернення. Зазвичай виконання за договором позики забезпечується шляхом укладення договору застави або поруки.

¹ ЦК щодо договору позики встановлює більш тривалий пільговий строк порівняно із загальним пільговим строком, передбаченим ст. 530 ЦК.

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.

Відповідальність. Прокенти за користування чужими грошовими коштами слід відрізняти від процентів як форми відповідальності за прострочення виконання грошового зобов'язання. Якщо предметом договору позики є гроші, позикове зобов'язання за своєю природою характеризується як грошове, а тому відповідальність за прострочення виконання договору настає згідно зі ст. 625 ЦК: позичальник, який своєчасно не повернув суму позики, на вимогу позикодавця 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.

Таким чином, в разі прострочення повернення грошового боргу за договором позики, на суму основного боргу нараховуються та стягуються кумулятивно (шляхом складання) два види процентів: проценти за користування чужими грошовими коштами (проценти-ціна позики) та проценти за прострочення виконання грошового зобов'язання (проценти відповідальності). Нарахування процентів на проценти ЦК не встановлено, однак це може бути передбачено безпосередньо договором.

Слід пам'ятати, що у разі виконання грошового зобов'язання не в повному обсязі, основна сума боргу вважається сплаченою в останню чергу, після відшкодування витрат кредитора, пов'язаних з одержанням виконання, а також сплати процентів та неустойки (ст. 534 ЦК). На неповернену суму проценти нараховуються до повного погашення позики.

Якщо предметом позики є речі, визначені родовими ознаками, то відповідальність за прострочення повернення боргу може наступати у формі сплати неустойки, яка нараховується від дня, коли речі мали бути повернуті, до дня їх фактичного повернення¹, незалежно від одержання плати за позику (у разі укладення оплатного договору). Слід мати на увазі, що неустойка є спеціальною формою відповідальності, отже, вона може бути стягнена тільки в разі, коли це прямо передбачено договором або законом (ч. 1 ст. 546 ЦК); проценти на неустойку не нараховуються (ст. 550 ЦК), а сплата (передання) неустойки

¹ Недоліком змісту нового ЦК є те, що пеня стягується за прострочення виконання грошового зобов'язання, а позика речей не є грошовим зобов'язанням. Отже, можна припустити, що в цьому випадку слід стягувати штраф. Однак ст. 1050 ЦК прямо зазначає: «нараховується від дня ... до дня», тобто законом передбачається тривала неустойка, що нараховується за кожен день прострочення виконання зобов'язання.

не звільняє позичальника від виконання свого обов'язку в натурі (ст. 552 ЦК).

Якщо договором позики передбачено повернення боргу частинами, то згідно зі ст. 1050 ЦК прострочення повернення відповідної частини боргу породжує для позикодавця право вимагати дострокового повернення всієї позики, що залишилася, та сплати процентів, належних йому відповідно до ст. 1048 ЦК. Недолік викладеного правила полягає в тому, що з його змісту незрозуміло, чи має позичальник повернути проценти за весь строк, встановлений договором, або лише за період, протягом якого він використовував чужі грошові кошти. Однак оскільки ст. 1050 ЦК має посилання на ст. 1048 ЦК, слід виходити з того, що за відсутності іншої домовленості проценти сплачуються до дня повернення позики. Отже, про інше слід домовлятися окремо.

Інколи трапляються ситуації здійснення так званої «безвалютної (або безгрошової) позики», коли оформляється договір, а гроші та речі насправді не передаються позичальнику, або передаються в меншій кількості, ніж це зазначено у договорі. Для захисту інтересів позичальника від недобросовісного позикодавця ст. 1051 ЦК передбачена можливість *оспорювання* договору позики в зв'язку з його безгрошовістю. Оспорювання договору позики здійснюється у судовому порядку, при цьому позичальником можуть бути використані будь-які докази (письмові, аудіо-, відеозапис), крім свідчень свідків. Останні як доказ дозволяються лише в одному випадку, коли такий договір був укладений під впливом обману, насильства, зловмисної домовленості представника позичальника з позикодавцем або під впливом тяжкої обставини. У разі доведеності безгрошовості позики договір вважається неукладеним, а якщо реально передана сума виявиться меншою, ніж сума вказана в договорі, останній вважається укладеним на меншу суму.

Глава 54. КРЕДИТНИЙ ДОГОВІР

§ 1. Поняття та загальна характеристика кредитного договору

Розвиток в Україні сучасних ринкових відносин у якості однієї з безумовних передумов своєї еволюції потребує належного функціонування ринку фінансових послуг, однією з традиційних складових якого є інститут кредитування. За допомогою цього інституту учасники цивільних правовідносини отримують доступ до потрібних їм грошових ресурсів. Суб'єктам підприємницької діяльності такий доступ є необхідним при забезпеченні їх ділової активності, для отримання можливостей у придбанні обладнання, продукції тощо. У свою чергу, перспектива надання кредитного ресурсу споживачам, надає

останнім реальну можливість отримання коштів для задоволення своїх побутових потреб у житлі, побутовій техніці і т. п. Однією з договірних форм втілення фінансово-кредитних механізмів є кредитний договір.

Відповідно до ч. 1 ст. 1054 ЦК, за кредитним договором банк або інша фінансова установа (кредитодавець) зобов'язується надати грошові кошти (кредит) позичальникові у розмірах та на умовах, встановлених договором, а позичальник зобов'язується повернути кредит та сплатити проценти.

Кредитний договір є консенсуальним, двостороннім і відплатним.

Аналізуючи сутність кредитного договору, можна дійти висновку, що значна кількість ознак цього договору тотожна ознакам договору позики. Більш того, набула поширення думка, що кредитний договір є різновидом договору позики, частковим підтвердженням чому може слугувати і позиція законодавця, закріплена, зокрема, у ч. 2 ст. 1054 ЦК, згідно з якою до відносин за кредитним договором застосовуються положення про договір позики, якщо інше не встановлене спеціальними нормами і не впливає із суті кредитного договору. Однією з суттєвих відмінностей між договорами позики і кредиту є те, що останній, на відміну від першого, є не реальним, а консенсуальним договором. Тобто, кредитний договір вважається укладеним, якщо сторони в належній формі досягли згоди з усіх істотних його умов (ч. 1 ст. 638 ЦК). Внаслідок чого, передання грошових коштів (кредиту) кредитором позичальнику є виконанням кредитором свого вже існуючого договірного обов'язку. У випадку ж невиконання ним цього обов'язку, позичальник за кредитним договором може вимагати виконання (надання кредиту в обумовлених розмірах та умовах) у примусовому порядку. Протилежна ситуація притаманна договору позики, який є реальним, а тому позичальник за цим договором не може примусити позикодавця передати йому предмет позики у зв'язку з відсутністю до моменту передачі останнього самого договору (абз. 2 ч. 1 ст. 1046 ЦК).

На відміну від договору позики, кредитний договір є двостороннім договором, оскільки правами та обов'язками наділені обидві його сторони (ч. 4 ст. 626 ЦК).

У зв'язку з тим, що кредитування шляхом укладення кредитних договорів є підприємницькою діяльністю різноманітних фінансових установ, іманентною рисою цього договору є його відплатність. Тобто наявність у позичальника обов'язку сплатити на користь кредитора проценти за користування наданими грошовими коштами (кредитом).

Незважаючи на ту обставину, що ч. 2 ст. 1054 ЦК передбачає можливість застосування до врегулювання договірних кредитних відносин положень § 1 гл. 71 ЦК, що регламентує відносини з договору позики, значна частина цих норм не може бути застосована, оскільки ці положення суперечать сутності кредитного договору. Так, відрізняються предмет та момент укладення кредитного договору (ч. 1 ст. 1054

ЦК), встановлюються імперативна вимога стосовно дотримання письмової форми кредитного договору (ст.1055 ЦК), підстави для відмови у наданні (ч. 1, 3 ст. 1056 ЦК) та одержання кредиту (ч. 2 ст. 1056 ЦК).

Як такі, що суперечать сутності кредитного договору, не можуть застосовуватися до його регулювання також наступні положення § 1 гл. 71 ЦК: щодо розписки позичальника або іншого документа, який посвідчує передання грошей (ч. 2 ст. 1047 ЦК), безпроцентності позики (ч. 1 ст. 1048 ЦК), дострокового повернення безпроцентної позики (ч. 2 ст. 1049 ЦК) тощо. Інші положення § 1 гл.71 ЦК можливо застосовувати до регулювання кредитних відносин.

Слід зазначити, що у чинному законодавстві України, окрім поняття «кредитний договір», зустрічаються також поняття: «фінансовий кредит» (ч. 1 ст. 1 Закону від 12 липня 2001 р. «Про фінансові послуги та державне регулювання ринків фінансових послуг»¹), «банківський кредит» (ст. 1 Закону від 7 грудня 2000 р. «Про банки і банківську діяльність»²), «іпотечний кредит» (ст. 1 Закону від 19 червня 2003 р. «Про іпотечне кредитування, операції з консолідованим іпотечним боргом та іпотечні сертифікати»³), «комерційний кредит» (ст. 1057 ЦК), «товарний кредит» (п. 1.11.2 ст. 1 Закону від 28 грудня 1994 р. «Про оподаткування прибутку підприємств»⁴).

Під фінансовим кредитом розуміються кошти, які надаються у позику юридичній або фізичній особі на визначений строк та під процент (п. 3 ч. 1 ст. 1 Закону «Про фінансові послуги та державне регулювання ринків фінансових послуг»). Така ж сама сутність понять банківського та іпотечного кредиту, під якими відповідно розуміється кредит, наданий банком, та звичайний кредитний договір, у якості забезпечення виконання якого слугує договір застави об'єкта нерухомоті (тобто іпотека – ст. 1 Закону від 5 червня 2003 р. «Про іпотеку»⁵).

Інше змістовне навантаження мають поняття комерційного та товарного кредиту⁶, які фактично являють не спеціальну діяльність фінансових установ, спрямовану на отримання прибутку, а особливості договірного співробітництва учасників цивільних відносин, при яких одна із сторін договору купівлі-продажу, поставки, підяду, тощо з тих чи інших міркувань (партнерства, звичаїв ділового обороту і т.п.) після сплати авансу, передання товару, виконання роботи не ви-

¹ Відомості Верховної Ради України. – 2002. – № 1. – Ст. 1.

² Відомості Верховної Ради України. – 2001. – № 5–6. – Ст. 30.

³ Відомості Верховної Ради України. – 2004. – № 1. – Ст. 1.

⁴ Відомості Верховної Ради України. – 1995. – № 4. – Ст. 28.

⁵ Відомості Верховної Ради України. – 2003. – № 38. – Ст. 313.

⁶ Відповідно до змісту ч. 1 ст. 1057 ЦК поняттям комерційного кредиту охоплюється і так званий товарний кредит, хоча тривалий час вони розглядалися як самостійні форми кредитування суб'єктів підприємницької діяльності один одного без залучення фінансових установ.

магає від свого контрагента одночасного зустрічного виконання з метою втілення відплатності та еквівалентності у відносинах між ними. Виходячи з цього, комерційний кредит, на відміну від кредитного договору, фактично є не самостійним договором, а лише однією з умов іншого договору, що знаходить своє втілення, наприклад, у відстрочці поставки оплаченої продукції чи авансовій оплаті послуг, що замовлені, однак ще не надані. На підставі цього, комерційний кредит не є кредитним договором у традиційному розумінні, що одним із своїх суттєвих наслідків має відсутність значної кількості публічно-правових механізмів у регулюванні подібного кредитування.

Разом з тим, незважаючи на існування досить суттєвих відмінностей між кредитним договором і комерційним кредитом, відповідно до ч. 2 ст. 1057 ЦК до врегулювання відносин з комерційного кредитування застосовуються положення § 2 гл. 71 ЦК, якщо інше не встановлено договором, згідно з яким виникло комерційне кредитування, чи застосування цих норм буде суперечити суті такого зобов'язання.

§ 2. Елементи та умови кредитного договору

Сторонами кредитного договору є кредитордавець і позичальник. Останнім може бути будь-який учасник цивільних відносин, передбачений ст. 2 ЦК. Навпаки, у якості кредитора може бути значне, проте визначене коло учасників цивільних відносин, а саме банк або інша фінансова установа¹.

Відповідно до п. 1 ч. 1 ст. 1 Закону «Про фінансові послуги та державне регулювання ринків фінансових послуг» фінансовою установою є юридична особа, яка відповідно до закону надає одну чи декілька фінансових послуг та внесена до відповідного реєстру у порядку, встановленому законом. До фінансових установ належать банки (Закон «Про банки і банківську діяльність»), кредитні спілки (Закон від 20 грудня 2001 р. «Про кредитні спілки»²), ломбарди, лізингові компанії (Закон від 16 грудня 1997 р. «Про лізинг»³), довірчі товариства, страхові компанії (Закон від 7 березня 1996 р. «Про страхування»⁴), установи накопичувального пенсійного забезпечення (Закон від 9 липня 2003 р. «Про загальнообов'язкове державне пенсійне страхування»⁵), інвестиційні фонди і компанії (Закон від 18 вересня 1991 р. «Про інвестиційну діяльність»⁶) та інші юридичні особи, виключним

¹ Слід звернути увагу, що наступні міркування стосовно суб'єктного складу договору не стосуються комерційного кредиту (ст. 1057 ЦК), в яких обмежень щодо особи кредитордавця фактично теж не має.

² Відомості Верховної Ради України. – 2002. – № 15. – Ст. 101.

³ Відомості Верховної Ради України. – 1998. – № 16. – Ст. 68.

⁴ Відомості Верховної Ради України. – 1996. – № 18. – Ст. 78.

⁵ Відомості Верховної Ради України. – 2003. – № 49-51. – Ст. 376.

⁶ Відомості Верховної Ради України. – 1991. – № 47. – Ст. 646.

видом діяльності яких є надання фінансових послуг (Закон від 19 червня 2003 р. «Про фінансово-кредитні механізми і управління майном при будівництві житла та операціях з нерухомістю»¹).

Згідно зі ст. 34 Закону «Про фінансові послуги та державне регулювання ринків фінансових послуг» діяльність фінансових установ з надання кредитів за рахунок залучених коштів підлягає ліцензуванню. Аналогічні положення містять ст. 19 Закону «Про банки і банківську діяльність» та ст. 38 Закону «Про страхування». Таким чином, у якості ще однієї вимоги до особи кредитодавця може бути констатовано наявність у неї відповідної ліцензії.

Предметом кредитного договору, на відміну від договору позики, є виключно грошові кошти (кредит). Грошові кошти, що надаються позичальнику, можуть бути як у валюті України (гривні), так і в іноземній валюті (ст. 192 ЦК).

Суттєвою умовою кредитного договору є *ціна* (ст. 632 ЦК), тобто розмір плати, що сплачує позичальник кредитодавцю за наданий йому кредит. Традиційно у кредитному договорі, як і у договорі позики, плата за наданий кредит (позику) термінологічно позначається як *проценти*². Розмір плати за наданий кредит розраховується, виходячи з двох головних складових: вартість кредитного ресурсу для самої фінансової установи, що, як правило, пов'язується з рівнем облікової ставки НБУ, та маржа, тобто різниця на користь фінансової установи, яка має забезпечити покриття ризиків та отримання прибутку.

Імперативний характер мають вимоги ст. 1055 ЦК щодо *форми* кредитного договору. Цей договір під ризиком визнання його у беспірному порядку нікчемним слід вчиняти у письмовій формі. Вимоги щодо письмової форми цього договору відповідають вимогам, які ставляться й до інших правочинів, що належить вчиняти або вчиняються у письмовій формі (ст. 207 ЦК).

Тривалий час у якості безперечних засад кредитних відносин розглядалися інститути цільового використання наданого кредиту, строковість його надання, зворотність, забезпеченість та оплатність. На сьогодні такі складові цього механізму, як цільове використання та забезпеченість, вже втратили свою колишню вагу і їх втілення у конкретних договірних відносинах залежить від волі сторін та насамперед фінансової установи. Остання вправі прийняти рішення щодо, наприклад, надання бланкового (не забезпеченого) кредиту чи відмовитися від конкретизації мети використання фінансових ресурсів позичальником. Виходячи з цього, закріплення у договорі інших елементів залежить від волевиявлення сторін та вимог чинного законодавства щодо кредитних операцій (ст. 49 Закону «Про банки і банківську діяльність»).

¹ Відомості Верховної Ради України. – 2003. – № 52. – Ст. 377.

² Саме завдяки використанню цього терміна існують так звані «безпроцентні договори позики», тобто договори, в яких позика надається безоплатно.

§ 3. Права та обов'язки сторін за кредитним договором

Кредитодавець відповідно до укладеного ним кредитного договору зобов'язаний надати позичальнику грошові кошти (кредит) у розмірі та порядку, встановлених договором. Кредитодавець вправі відмовитися від надання кредиту в повному обсязі або частково чи припинити подальше кредитування у випадку, коли кредит планувалося надавати частинами за наявності підстав, передбачених законом або договором. Згідно з ЦК такими підставами є: порушення процедури визнання позичальника банкрутом відповідно до Закону від 14 травня 1992 р. «Про відновлення платоспроможності боржника або визнання його банкрутом»¹ (ч. 1 ст. 1056 ЦК), наявність інших обставин, які явно свідчать про те, що наданий позичальникові кредит не буде своєчасно повернений (позичальник одержав кредит і в інших фінансових установах, має значну заборгованість перед бюджетом та своїми контрагентами тощо) (ч. 1 ст. 1056 ЦК), позичальником порушено обов'язок цільового використання наданого кредиту, у випадку, коли обов'язок такого використання встановлено договором, а сам кредит надається частинами (ч. 3 ст. 1056 ЦК).

Кредитодавець вправі вимагати сплати йому позичальником за наданий кредит процентів у розмірі, встановленому у договорі. У випадку, коли визначити такий розмір не можливо, то на підставі ч. 4 ст. 632, ч. 1 ст. 1048 ЦК кредитодавець вправі отримати проценти у звичайному розмірі, тобто проценти, які сплачуються за аналогічними кредитними договорами на момент укладення договору, що не можуть бути меншими облікової ставки НБУ.

Якщо у договорі не передбачено іншого, кредитодавець згідно з ч. 1 ст. 1048 ЦК вправі вимагати сплати процентів за користування кредитом щомісячно.

Кредитодавець вправі вимагати дострокового повернення наданого кредиту та сплати процентів у випадках: прострочення повернення чергової частини (ч. 2 ст. 1050 ЦК), не виконання вимог щодо забезпечення виконання обов'язку з повернення кредиту, втрати чи погіршення умов існуючого забезпечення (ч. 1 ст. 1052 ЦК).

Позичальник як сторона кредитного договору зобов'язаний повернути кредитодавцю наданий ним кредит та сплатити проценти за користування ним у розмірі та порядку, встановлених договором.

Позичальник вправі відмовитися від одержання кредиту в повному обсязі або частково за умови, по-перше, відсутності заборони на таку відмову, встановленої договором або законом, по-друге, повідомлення кредитодавця до передбаченого у договорі строку надання грошових коштів (кредиту).

Слід зазначити, що кредитний договір здебільшого набуває якості договору приєднання (ст. 634 ЦК), умови якого розробляє кредито-

¹ Відомості Верховної Ради України. – 1992. – № 31. – Ст. 440.

вещь самостійно та пропонує позичальнику укласти його на цих умовах. У зв'язку з цим, у позичальників відсутні можливості для рівноправного обговорення умов кредитного договору.

Глава 55. ДОГОВІР БАНКІВСЬКОГО ВКЛАДУ (ДЕПОЗИТУ)

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. 1058 ЦК). Відносини, що впливають з договору банківського вкладу, регулюються § 3 гл. 71 ЦК (статті 1058–1065). Якщо інше не передбачено нормами, що регулюють дані відносини, і не впливає із суті договору банківського вкладу, права й обов'язки банку і вкладника ґрунтуються на положеннях про банківський рахунок.

За звичаями ділового обороту поняття «договір банківського вкладу» та «депозитний договір» використовуються як поняття тотожні, синонімічні. Термін «депозит» (від лат. *depositum* – річ, віддана на зберігання¹) означає також зберігання вкладу. Про це свідчить й п. 2.4 Положення про порядок здійснення банками України вкладних (депозитних) операцій з юридичними і фізичними особами від 3 грудня 2003 р. № 516: «Договір банківського вкладу (депозиту) засвідчує зобов'язання банку зберігати залучені від юридичних і фізичних осіб грошові кошти або банківські метали, виплатити дохід у встановлений договором строк та право вкладників отримати у визначений договором строк суму вкладу (депозиту) і процентів за ним».

Сутністю даного договору є оформлення відносин між банком-депозитарієм та клієнтом-депонентом (фізичними і юридичними особами) з приводу внесення депонентом грошових коштів на депозит банку, з метою зберігання і управління на обумовлених сторонами умовах, та гарантія повернення банком цих сум і процентів за користування ними². Однак ніякого зберігання в дійсності не існує. Перерахування (зарахування) безготівкових грошей, які не існують у вигляді паперових грошових знаків (купюр), є лише фіксацією права їх вимоги. При внесенні на рахунок готівкових коштів вони надходять у власність банку чи іншої кредитної установи, знеособлюються, а вкладнику за його вимогою видаються інші купюри.

Не можна розглядати ці відносини і як такий різновид зберігання, як «зберігання із знеособлюванням речей», так званого іррегулярного

¹ Словарь иностранных слов. – 18-е изд., стер. – М.: Рус. яз., 1989. – С. 158.

² Пункт 1.8 Інструкції про порядок відкриття, використання і закриття рахунків у національній та іноземних валютах, затвердженою постановою Правління НБУ від 12 листопада 2003 р. – № 492.

зберігання, предметом якого є речі, визначені родовими ознаками. Кредитні установи не зберігають грошові кошти в буквальному розумінні цього слова, а використовують їх у своїй діяльності. Взагалі це впливає з фізичної неспроможності зберігання безготівкових грошових сум і тому «банківська система перестала бути лише касою з розподілу грошей та починає ними торгувати»¹.

Предметом договору банківського вкладу (депозиту) є вклад (депозит) – це грошові кошти у готівковій або безготівковій формі у валюті України чи в іноземній валюті, або банківські метали, які банк прийняв від вкладника або які надійшли для вкладника на договірних засадах на визначений строк зберігання чи без зазначення такого строку (під процент або дохід в іншій формі), та підлягають виплаті вкладнику відповідно до законодавства України й умов договору².

Для зберігання грошових депозитів і проведення операцій з ними у банках відкриваються депозитні рахунки. Ці питання регламентуються гл. 72 ЦК, яка стосується договору банківського рахунка (ч. 3 ст. 1058 ЦК), якщо інше не встановлено гл. 71 «Позика. Кредит. Банківський вклад» або не впливає із суті договору банківського вкладу.

Вкладний (депозитний) рахунок – це рахунок, що відкривається банком вкладнику на договірних засадах для зберігання грошових коштів або банківських металів, що передаються вкладником банку на встановлений строк (або без зазначення такого строку) та під визначений процент відповідно до умов договору.

Вклади (депозити) поділяються:

– залежно від категорії вкладників – на вклади (депозити) фізичних та юридичних осіб;

– за способом оформлення вкладу (депозиту) – шляхом укладення договору банківського вкладу (депозиту) з видачею ощадної книжки або ощадного (депозитного) сертифіката чи іншого документа, що відповідає вимогам, встановленим законом, іншими нормативно-правовими актами у сфері банківської діяльності (банківськими правилами) та звичаям ділового обороту;

– залежно від виду валюти, у якій залучаються грошові кошти, – на вклади (депозити) у національній валюті, в іноземній валюті та у банківських металах;

– залежно від строку та порядку повернення грошових коштів – вклади (депозити) на вимогу, строкові вклади, накопичувальні вклади та умовні вклади.

¹ Кузнецова Н. С. Подрядные договоры в инвестиционной деятельности в строительстве, К.: Наукова думка, – 1993. – С. 13. Незважаючи на те, що вказана цитата стосується договорів у сфері інвестиційного будівництва, які безпосередньо пов'язані з залученням банківських коштів, її в рівній мірі можна застосовувати до договорів, які регламентують банківську сферу.

² Постанова правління НБУ від 3 грудня 2003 р. «Про затвердження Положення про порядок здійснення банками України вкладних (депозитних) операцій з юридичними і фізичними особами».

Вклади (депозити) на вимогу – це вклади на умовах видачі на першу вимогу вкладника у готівковій (лише для фізичних осіб) чи безготівковій формі. Строковими є вклади, які можуть бути повернені вкладнику після закінчення обумовленого строку або на першу вимогу вкладника, якщо таке передбачено договором банківського вкладу. Накопичувальні вклади (депозити) призначені для нагромадження грошових заощаджень і можуть бути поповнені вкладником за рахунок додаткових внесків. Умовні вклади (депозити) – це вклади, під час оформлення яких встановлюється будь-яка умова щодо повернення грошових коштів або банківських металів. Умова за вкладом не повинна суперечити законодавству України або бути такою, що може ускладнити повернення вкладу (депозиту). Наприклад, такими є внесений батьками вклад (депозит) на ім'я дитини, якій буде належати право розпоряджання сумами вкладу тільки після того, як здійсниться обумовлена договором подія (умова) – після вступу в шлюб чи після досягнення нею визначеного віку. Якщо умови вкладу містять визначений строк зберігання, то такі вклади обліковуються як строкові. Умовні вклади без визначення строків зберігання обліковуються як вклади на вимогу;

– залежно від можливостей капіталізації нарахованих процентів – вклади (депозити) з простими процентами та вклади із складними процентами. Простий процент – це процент, що нараховується банком вкладнику на суму початкового вкладу (депозиту). Складний процент – це процент, який нараховується на суму, що складається з суми вкладу (депозиту) та не витребуваних процентів, після закінчення кожного кварталу чи іншого строку;

– за характером сплати процентів – авансом, щомісяця, щокварталу, після закінчення року, після закінчення строку дії договору;

– за характером дострокового повернення грошових коштів або банківських металів – вклади (депозити) з попереднім повідомленням банку про повернення грошових коштів або банківських металів та без попереднього повідомлення банку про їх повернення;

– в готівковій чи безготівковій формі, які вносяться до банківської установи у безготівковій формі шляхом переказування коштів з одного рахунка на інші юридичними особами і фізичними особами. В Україні тільки фізичним особам надане право вносити депозит до банківських установ як у безготівковій, так і у готівковій формі.

Закон не містить будь-яких обмежень стосовно кількості депозитних рахунків у різних валютах.

Сторонами договору банківського вкладу (депозиту) є банк і вкладник. На відміну від договору банківського рахунка, у договорі банківського вкладу право на залучення грошових коштів належить лише банкам (ч. 1 ст. 47 Закону «Про банки і банківську діяльність»¹),

¹ Відомості Верховної Ради України. – 2001. – № 5–6. – Ст. 30.

які отримали у встановленому порядку ліцензію НБУ на здійснення таких операцій. Інші фінансові установи не мають права залучати грошові кошти юридичних і фізичних осіб. Небанківські кредитні організації не вправі залучати грошові суми (вклади) юридичних і фізичних осіб з метою їхнього розміщення від свого імені і за свій рахунок. Вкладником можуть бути як юридичні особи, так і фізичні – віком від чотирнадцяти років (ст. 32 ЦК), як резиденти, так і нерезиденти.

Договір банківського вкладу є *одностороннім*, оскільки обов'язки несе тільки банк, а вкладник має право вимоги до нього з приводу повернення вкладу та сплати процентів. Вкладник має право на одержання від банку процентів від суми вкладу або доходів у іншій формі за використання банком грошових сум клієнта і тому цей договір є *оплатним*. Необхідно звернути увагу на те, що до процентів законодавець прирівнює доходи в іншій формі. Договір виникає з моменту передачі грошей банку, тобто договір банківського вкладу – *реальний*.

Договір банківського вкладу, коли вкладником є фізична особа, має свої особливості. Він ч. 2 ст. 1058 ЦК віднесений до публічних договорів. Отже, банк не має права відмовити фізичним особам у прийнятті внеску за наявності можливості зробити таку послугу. Так, відмова від надання банківського обслуговування з прийняття внеску буде обґрунтованою, наприклад, якщо НБУ відкликав ліцензію, яка була надана раніше банку на виконання даних операцій, або банк публічно оголосив про припинення прийняття внесків від населення, мотивуючи це фінансовою неспроможністю чи іншими причинами. У разі необґрунтованої відмови банку від прийняття внеску від фізичної особи, остання має право звернутися до суду з вимогою про спонукання укласти договір банківського вкладу та відшкодування збитків, заподіяних цією відмовою (ст. 633 ЦК). Публічний характер договору виключає надання переваги будь-яким вкладникам – фізичним особам, крім тих, кому за законом надані відповідні пільги. Так, наприклад, банк не вправі надавати перевагу службовцям банку по вкладам і надавати їм більш високу процентну ставку, ніж за вкладами інших фізичних осіб. Однак це правило діє тільки для вкладів, які передані на різних умовах. Банк може диференціювати свої процентні ставки залежно від строку дії договору, суми вкладу та умов їх повернення. У цьому випадку допустимим є встановлення різних процентних ставок по вкладам юридичних і фізичних осіб. Банки мають оприлюднити умови укладення договору банківського вкладу (депозиту), випуску ощадних (депозитних) сертифікатів шляхом розміщення такої інформації у загальнодоступному для клієнтів місці в установі банку та додатково у засобах масової інформації.

Стаття 1063 ЦК надає право не тільки внести кошти на вже наявний рахунок вкладника, а й відкрити його на ім'я іншої особи. Такий договір банківського вкладу буде дійсним лише за умови, що при відкритті рахунка іншою особою визначене ім'я фізичної особи або най-

менування юридичної особи, на користь якої зроблений вклад. У протилежному випадку договір є неукладеним (ст. 1063 ЦК).

До договору банківського вкладу на користь третьої особи застосовуються правила про договір на користь третьої особи (ст. 636 ЦК), якщо це не суперечить нормам ЦК, які регулюють вклади на користь третіх осіб (ст. 1063 ЦК) і суті договору банківського вкладу. Так, за договором на користь третьої особи, якщо інше не встановлене у законі, інших правових актах і договорі, кредитор може скористатися правом, що належить третій особі, лише у випадку, коли вона відмовилася від права, наданого їй за договором на користь третьої особи. У той же час особа, яка уклала договір банківського вкладу на користь іншої особи, може скористатися всіма правами вкладника, у тому числі вимагати суму вкладу, якщо до моменту звернення її в банк інша особа, на користь якої зроблений вклад, не встигла скористатися своїми правами.

Договір банківського вкладу повинен бути укладений у простій письмовій формі. Недотримання цієї форми має наслідком недійсність договору банківського вкладу. Такий договір є нікчемним.

Залучення банком вкладів (депозитів) юридичних і фізичних осіб підтверджується: договором банківського вкладу; договором банківського вкладу з видачею ощадної книжки; договором банківського вкладу з видачею ощадного сертифіката; договором банківського вкладу з видачею іншого документа, що відповідає вимогам, встановленим законом, іншими нормативно-правовими актами у сфері банківської діяльності (банківськими правилами) та звичаями ділового обороту

Ощадному депозитному сертифікату присвячена ст. 1065 ЦК, однак вона не містить його поняття. Згідно зі ст. 18 Закону від 18 червня 1991 р. «Про цінні папери і фондову біржу»¹ *ощадний (депозитний) сертифікат* – це письмове свідоцтво банку про депонування грошових коштів, яке засвідчує право власника сертифіката або його правонаступника на одержання після закінчення встановленого строку суми вкладу (депозиту) та процентів, встановлених сертифікатом, у банку, який його видав. Ощадний (депозитний) сертифікат буває: купонним, безкупонним та процентним.

Купонний ощадний (депозитний) сертифікат – це ощадний 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. *Безкупонний ощадний (депозитний) сертифікат* – це сертифікат, який не має окремих відривних купонів, проценти сплачуються разом з поверненням суми вкладу (депозиту). *Процентний ощадний (депозитний) сертифікат* – це ощадний сертифікат, який випущений банком з визначеною процентною ставкою.

¹ Відомості Верховної Ради України. – 1991. – № 38. – Ст. 58.

Згідно зі ст. 3 Закону «Про цінні папери і фондову біржу» ощадний (депозитний) сертифікат є цінним папером і може бути іменним чи на пред'явника. Іменні сертифікати обігу не підлягають, а їх продаж (відчуження) іншим особам неможливий. Ощадні (депозитні) сертифікати можуть випускатися за ініціативою банку одноразово або серіями¹. Вони мають бути емітовані в паперовій (документарній) формі і бути номіновані як в національній, так і в іноземній валюті. Випуск та розміщення банками ощадних сертифікатів, номінованих у банківських металах, не дозволяється.

Ощадні (депозитні) сертифікати повинні мати такі реквізити: найменування цінного паперу – «ощадний сертифікат», найменування банку, що випустив сертифікат, та його місцезнаходження, порядковий номер, дату випуску, суму депозиту, строк вилучення вкладу (для строкового сертифіката), підпис керівника банку або уповноваженої особи, печатку банку. Виготовлення бланків ощадних сертифікатів здійснюється відповідно до вимог законодавства України. Цей бланк заповнюється банком за допомогою відповідних технічних засобів або від руки – чорнилом чи кульковою ручкою. Жодні виправлення під час заповнення бланка сертифіката не допускаються.

За умови дострокового подання ощадного (депозитного) сертифіката до погашення банк сплачує його власнику суму вкладу (депозиту) та проценти, які виплачуються в розмірі як за вкладом (депозитом) на вимогу, якщо умовами сертифіката не встановлений інший розмір процентів.

За умови настання строку вимоги вкладу (депозиту) банк здійснює платіж проти пред'явлення ощадного (депозитного) сертифіката. Погашення ощадних сертифікатів, які номіновані в національній валюті, та виплата процентів за ними здійснюється банками лише в національній валюті, а які номіновані в іноземній валюті – в іноземній валюті. За письмовою заявою вкладника або особи, уповноваженої на здійснення цієї операції, погашення ощадних сертифікатів, які номіновані в іноземній валюті, може здійснюватися у національній валюті за курсом Національного банку України на дату закінчення строку, зазначеного в ощадному сертифікаті, або на дату його дострокового викупу.

Ощадний сертифікат слід відрізнити від ощадної книжки, яка не є цінним папером та видається тільки фізичним особам. Вона також підтверджує укладення договору банківського вкладу і внесення грошових коштів на рахунок цієї фізичної особи (ст. 1064 ЦК). В ощадній книжці вказуються найменування і місцезнаходження банку (його філії), номер рахунка за вкладом, а також усі грошові суми, зараховані

¹ Емітентами ощадних (депозитних) сертифікатів можуть бути лише банки – юридичні особи.

на рахунок та списані з рахунка, а також залишок грошових коштів на рахунок на момент пред'явлення ощадної книжки у банк.

Права та обов'язки сторін договору. Вкладник – фізична особа має право незалежно від виду банківського вкладу вимагати повернення вкладу або його частини на першу вимогу. Вкладник, який використовує право повернення своїх грошових сум на вимогу до спливу строку або до настання інших обставин, визначених договором, має право також вимагати виплати процентів за вкладом на вимогу, якщо договором не встановлений більш високий процент (ст. 1060 ЦК). Це пов'язано з тим, що у цих цивільно-правових відносинах більш «слабкою» стороною є не боржник, а кредитор. Умова договору строкового вкладу про відмовлення громадянина від свого права вимагати суму вкладу на першу вимогу є нікчемною, воно не породжує для сторін ніяких правових наслідків. Обов'язок банків видати суму вкладу чи її частини на першу вимогу не поширюється на вклади юридичних осіб, якщо договором така умова не передбачена. У тих випадках, коли після закінчення терміну повернення строкового вкладу сума вкладу не була витребувана, договір вважається продовженим на умовах вкладу на вимогу, якщо договором не встановлене інше.

Якщо договором не передбачені умови про розмір процентів, що нараховуються на суму внеску, банк зобов'язаний виплатити їх у розмірі облікової ставки Національного банку України (ст. 1061 ЦК). Однак це правило застосовується лише до внесків у національній валюті. На вклади в іноземній валюті, якщо інше не встановлено у договорі, банк зобов'язаний нарахувати проценти згідно із Класифікатором іноземних валют, затвердженим постановою Правління НБУ від 4 листопада 1998 р. (у редакції від 2 жовтня 2002 р. № 378)¹.

Банк має право змінити розмір процентів, які виплачуються на вклад (депозит) на вимогу, якщо інше не встановлено договором. У разі зменшення банком розміру процентів на вклад (депозит) на вимогу новий їх розмір застосовується до вкладу (депозиту), внесеного до повідомлення вкладника про зменшення процентів, через один місяць з часу надсилання відповідного повідомлення, якщо інше не передбачене договором. Спосіб повідомлення вкладника про зменшення розміру процентів законом не регламентується, за вимогою вкладника він може бути зазначений у договорі банківського вкладу.

Встановлений банком відповідно до договору банківського вкладу (депозиту) розмір процентів на вклад (депозит) на строк або на вклад, внесений на умовах його повернення в разі настання визначених договором обставин, не може бути односторонньо зменшений банком, якщо інше не встановлено законодавством України. Таким чином,

¹ Карманов Є. В. Договір банківського вкладу (депозиту) в іноземній валюті: Автореф... канд. юрид. наук. 12.00.03// Національний університет внутрішніх справ. – Харків, 2001.

умова про право банку на одностороннє зменшення розміру процентної ставки по строковим вкладам є недійсною.

Нарахування процентів на банківський вклад (депозит) починається з наступного після надходження від вкладника грошових коштів або банківських металів дня і закінчується у той день, який передуює поверненню грошових коштів або банківських металів вкладнику або списанню з вкладного (депозитного) рахунка вкладника. Отже, день передачі банку сум вкладу і день їх видачі виключаються з періоду, протягом якого нараховуються встановлені проценти.

Порядок і терміни виплати процентів передбачаються умовами договору. При відсутності даних умов банк зобов'язаний за вимогою вкладника нараховувати проценти на суму внеску після закінчення кожного кварталу. Проценти, які не були витребувані вкладником, збільшують суму вкладу, на яку нараховуються проценти. Інтересам вкладників слугує правило, відповідно до якого, якщо договором банківського вкладу не передбачене інше, на рахунок вкладника зараховуються грошові суми, що надійшли до банку на ім'я вкладника від третіх осіб (ст. 1062 ЦК) Вважається, що вкладник висловив згоду на одержання коштів від інших осіб, оскільки їм відомі дані про рахунок за вкладом.

Для вкладників найбільш важливим є те, щоб закон забезпечував зберігання їх вкладів. З цією метою Законом від 20 вересня 2001 р. «Про гарантування вкладів фізичних осіб»¹ встановлюються засади функціонування Фонду гарантування вкладів фізичних осіб, порядок відшкодування вкладів вкладникам банкам-учасникам названого Фонду. Учасниками цього Фонду є банки – юридичні особи, які зареєстровані в Державному реєстрі банків, який ведеться НБУ, та мають банківську ліцензію на право здійснення банківської діяльності. Участь у Фонді таких банків є обов'язковою. Він гарантує кожному вкладнику банку-учасника Фонду відшкодування коштів за його вкладом, включаючи відсотки, у розмірі вкладів на день настання їх недоступності, але не більше 3000 грн. по вкладах у кожному із таких банків². Недоступність вкладів – це неможливість одержання вкладу вкладником відповідно до умов договору, яка настає з дня призначення ліквідатора банку-учасника Фонду. Порядок відшкодування Фондом коштів за вкладом фізичних осіб визначається Положенням про порядок відшкодування вкладів фізичних осіб, затвердженим рішенням Адміністративної ради Фонду гарантування вкладів фізичних осіб від 12 лютого 2002 р.

Після закінчення строку депозитного договору з вкладником сума вкладу має повернутися у безготівковій формі або у передбачених за-

¹ Відомості Верховної Ради України. – 2002. – № 5. – Ст. 30.

² Про збільшення розміру відшкодування коштів за вкладом / Рішення Адміністративної ради Фонду гарантування вкладів фізичних осіб від 22 квітня 2004 р. № 30.

коном випадках готівкою. Договір банківського вкладу (депозиту) не може передбачати можливість перерахування суми вкладу на рахунки третіх осіб, оскільки саме ці дії слід розглядати як розрахункові операції. Якщо у договорі банківського вкладу міститься така умова, то такий договір є не договором банківського вкладу, а договором банківського рахунка.

Глава 56. ДОГОВІР БАНКІВСЬКОГО РАХУНКА

Проведення різноманітних банківських операцій вимагає відкриття банківського рахунка, що є передумовою їх здійснення. Згідно з Законом «Про банки і банківську діяльність» під банківським рахунком розуміють рахунки, на яких обліковуються власні кошти, вимоги, зобов'язання банку стосовно його клієнтів і контрагентів та які дають можливість здійснювати переказ коштів за допомогою платіжних інструментів. Статтею 7 Закону «Про платіжні системи та переказ грошей в Україні»¹ рахунком визнається поточний рахунок, що відкривається банком клієнту на договірній основі для зберігання грошей і здійснення розрахунково-касових операцій за допомогою платіжних інструментів відповідно до умов договору та вимог законодавства України.

Інститут банківського рахунка за своєю правовою природою є комплексним. Він поєднує в собі публічно-правові та приватноправові аспекти. Публічно-правовий аспект банківського рахунка полягає в регулюванні відносин щодо формування банками системних підходів до вступу та здійснення правовідносин по веденню операцій з рахунками клієнтів. Ці підходи випрацюовуються системно із врахуванням численних чинників, передбачених банківським законодавством, та ролі в цьому процесі Національного банку України. Приватноправовий аспект банківського рахунка полягає в регулюванні відносин ЦК, укладенні і виконанні договорів між банком та клієнтом.

Отже, цивільно-правове регулювання відносин з приводу банківського рахунка може бути охарактеризоване наступним чином.

По-перше, воно являє собою сукупність правових норм, які регулюють відносини, що виникають у зв'язку з банківським рахунком, у тому числі особливості суб'єктного складу, права та обов'язки сторін договору, регламентують його правову природу. Комплексність інституту банківського рахунка ґрунтується на визначенні ЦК як загального закону, а банківського законодавства – як спеціального. Необхідно також звернути увагу ще й на те, що кожен банк може самостійно розробляти у межах, передбачених законодавством, умо-

¹ Відомості Верховної Ради України. – 2001. – № 29. – Ст. 137.

ви відкриття та порядку ведення окремих видів рахунків. Тому складається суттєвий прошарок локального правового регулювання банківського рахунка.

По-друге, в ЦК регулюванню банківського рахунка присвячена гл. 72, в якій договір банківського рахунка врегульовується окремо від інших суміжних і схожих з ним договорів. Цим вирішено тривалий спір щодо наявності чи відсутності змішаного характеру договору банківського рахунка¹, який включає в себе елементи договорів позики, комісії, доручення, зберігання.

Поняття договору банківського рахунка надане у ч. 1 ст. 1066 ЦК, згідно з якою 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. Банк має право використовувати грошові кошти на рахунку клієнта, гарантуючи його право безперешкодно розпоряджатися цими коштами.

Відповідно до Закону «Про банки і банківську діяльність», якщо інше не встановлено законом, клієнту надане право відкривати необмежену кількість рахунків. У тому числі депозитних, розрахункових, поточних, валютних та інших у різних банках.

Залежно від кола операцій із грошовими коштами розрізняють декілька видів рахунків:

1) кореспондентський рахунок – рахунок, який відкривається банку (філії) для обліку коштів та проведення розрахунків, що їх виконує один банк за дорученням і на кошти іншого банку на підставі укладеного договору. Відкриваються згідно з Інструкцією про міжбанківські розрахунки в Україні²;

2) строковий (депозитний) рахунок;

3) безстроковий (поточний) рахунок, який у свою чергу поділяється на: бюджетний поточний рахунок; на поточний рахунок фізичних та юридичних осіб; рахунки зі спеціальними режимами їх використання, які відкриваються у випадках, передбачених законодавством України; карткові рахунки.

Порядок відкриття банківських рахунків міститься в Інструкції НБУ «Про порядок відкриття, використання і закриття рахунків у національній та іноземних валютах» від 12 листопада 2003 р. № 492³. Інструкція регулює правовідносини, що виникають під час відкриття банками, їх відокремленими структурними підрозділами, які здійснюють банківську діяльність від імені банку, поточних і вкладних

¹ Сарбаш С. В. Договор банковского счета: проблемы доктрины и судебной практики. – М.: Статут, 1999. – 272 с.

² Затверджено постановою Правління НБУ від 27 грудня 1999 р. № 621.

³ Затверджено постановою Правління НБУ від 12 листопада 2003 р. № 492, зареєстрована в Мінюсті 17 грудня 2003 р. за № 1172/8493.

(депозитних) рахунків у національній та іноземних валютах юридичним та фізичним особам, іноземним представництвам, нерезидентам-інвесторам, виборчим блокам політичних партій.

Зазначеною Інструкцією встановлюється перелік документів, які необхідно подати до банку для відкриття поточних рахунків із врахуванням тих чи інших особливостей правового статусу особи, яка намагається відкрити рахунок, та діяльності, яку вона здійснює. Так, додаткові дані надаються суб'єктом підприємницької діяльності при використанні ним найманої праці; відокремленим підрозділом, який не має в банку рахунків; професійними спілками або їх об'єднаннями; військовими частинами, установами й організаціями Збройних Сил України, Служби безпеки України та інших центральних органів виконавчої влади, які мають у своєму підпорядкуванні військові формування.

На підставі зазначених вище документів уповноважений працівник банку здійснює ідентифікацію клієнта та осіб, уповноважених розпоряджатися поточним рахунком. Що стосується рахунків юридичних осіб, то ідентифікації підлягають всі особи, які внесені до картки із зразками підписів. Згідно зі ст. 64 Закону «Про банки і банківську діяльність» в Інструкції зафіксовано вичерпний перелік документів, які використовуються для ідентифікації осіб при відкритті та проведенні операцій з рахунком. Банк не має права витребувати від клієнта інші документи і відомості, необхідні для з'ясування його особи, суті діяльності, фінансового стану, ніж передбачені п. 2 Інструкції.

Важливим також є подання особою документів або відомостей, які вимагає банк на виконання вимог законодавства, що регулює відносини у сфері запобігання легалізації (відмиванню) доходів, одержаних злочинним шляхом. При невиконанні особою цих умов або умисного надання нею неправдивих відомостей про себе рахунок банком не відкривається.

Необхідно звернути увагу на те, що ЦК не відносить договір банківського рахунка до публічних договорів, хоча й встановлює обов'язок банку укласти такий договір з кожною особою, яка внесла пропозицію відкрити рахунок, згідно з вимогами про відкриття рахунків даного виду, запропонованими банком відповідно до закону та банківських правил. При цьому, банк не має права відмовити у відкритті рахунка, вчиненні відповідних операцій, передбачених законом, установчими документами банку та наданою йому ліцензією, крім випадків, коли банк не має можливості прийняти особу на банківське обслуговування або якщо така відмова допускається законом чи іншими нормативно-правовими актами, зокрема, процедурою ідентифікації. У разі необґрунтованого ухилення банку від укладення договору банківського рахунка, клієнт має право звернутися до суду з вимогою про примусове укладення договору з банком та про відшкодування збитків. Обов'язок банку укласти договір є проявом спе-

ціального характеру його діяльності, головною метою якої є надання особам можливості виконати покладений на них законом обов'язок провадити розрахунки в безготівковій формі, за винятком ситуацій, передбачених законодавством (ст. 1087 ЦК).

Договір банківського рахунка є *консенсуальним*, оскільки він вважається укладеним в момент, коли сторонами досягнуто згоди з усіх істотних його умов, а не в момент внесення (зарахування) грошових коштів на рахунок. Отже, клієнту рахунок відкривається незалежно від того, чи вносить він кошти у момент його відкриття.

Цей договір є *оплатним*. Плату сплачує як клієнт за користування комплексом послуг банку по розрахунково-касовому обслуговуванню, так і банк за користування коштами, що знаходяться на рахунок клієнта. Розмір процентів, які виплачуються банком клієнту, передбачається договором банківського рахунка або законом.

Відносини за банківським рахунком вважаються безстроковими.

Договір банківського рахунка є *двостороннім*. Сторонами його є: *банк чи інша фінансова установа*, яка має ліцензію на право здійснення банківських операцій згідно зі ст. 19 Закону «Про банки і банківську діяльність» і Положенням про порядок видачі ліцензії на здійснення окремих банківських операцій небанківським установам від 16 серпня 2001 р. № 334¹, та *клієнт* (володілець рахунка).

Банком визнається кредитна установа, 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 (ст. 2 Закону). Що стосується *інших фінансових установ*, то згідно із ст. 1 Закону «Про фінансові послуги та державне регулювання ринків фінансових послуг»² фінансовою установою є юридична особа, яка надає одну чи декілька фінансових послуг та внесена до відповідного реєстру в порядку, встановленому законом. 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. Таким чином, в договорі банківського рахунка з однієї сторони виступає спеціальний суб'єкт.

В якості клієнта можуть виступати як фізичні, так і юридичні особи.

Договір банківського рахунка може укладатися на користь третьої особи (ч. 1 ст. 1067 ЦК). Фізичні особи мають право укласти такий договір не тільки на користь іншої фізичної особи, а й на користь май-

¹ Затверджене постановою Правління НБУ від 16 серпня 2001 р. № 334.

² Відомості Верховної Ради України. – 2002. – № 1. – Ст. 1.

бутньої юридичної особи, що поширене при відкритті тимчасових рахунків засновниками юридичних осіб.

Предмет договору банківського рахунка в сучасній науці цивільного права визначається по-різному: й як грошові кошти, що знаходяться на банківському рахунку клієнта та з якими здійснюються обумовлені договором операції¹; й як надання послуг по відкриттю рахунка, здійснення розрахунково-касового обслуговування та інших пов'язаних з цими операціями².

Очевидно, протиріч у цих підходах можна уникнути, враховуючи поділ об'єктів зобов'язання на юридичний (як визначену поведінку зобов'язаної особи, тобто позитивні дії) та матеріальний (якими можуть бути різноманітні блага). Привертає увагу й те, що у низці зобов'язань матеріальний об'єкт буває зовсім відсутній³. Отже, юридичним об'єктом договору банківського рахунка як зобов'язання будуть дії, а матеріальним – грошові кошти. Цей договір передбачає зобов'язання банку перед клієнтом по зарахуванню, перерахуванню й отриманню з рахунка клієнта грошових коштів згідно з його розпорядженням та проведення інших операцій за рахунком. При цьому об'єктом дій, які у більшості випадків здійснюються за цим договором, є безготівкові грошові кошти. Банк не зберігає ці кошти в прямому розумінні слова. Його правом є використовувати грошові кошти, які знаходяться на рахунку клієнта, для особистих цілей, гарантуючи при цьому право клієнта безперешкодно розпоряджатися цими коштами (ч. 2 ст. 1066 ЦК). Специфіка грошей як речей, обумовлених родовими ознаками, виключає можливість повернення клієнту тих самих грошових купюр. Інакше кажучи, в договорі банківського рахунка, як і в інших банківських правочинах, *об'єктом є право вимоги, а не речі* (хоча й визначені родовими ознаками), стосовно яких не може бути ніяких речових прав. Тобто, володілець рахунка не є власником грошових коштів, які знаходяться на рахунку в банку, а управомоченою особою – суб'єктом права вимоги (вимога висувається до банку). Це право вимоги входить до складу майна особи, яка є стороною договору банківського рахунка – клієнтом банку, поряд із іншими речами та майновими правами.

До обов'язків банку входить надання клієнту можливості безперешкодного розпоряджання грошовими коштами, що знаходяться на його рахунку. Інтересам клієнтів відповідає також передбачена ч. 3 ст. 1066 ЦК заборона на визначення та контроль з боку банку напрямів використан-

¹ Цивільне право України. Академічний курс: Підруч.: У 2-х т. / За заг. ред. Я. М. Шевченко. – Т.2. Особлива частина. – К.: Концерн «Видавничий Дім «Ін Юре», 2003. – С.221; Гражданское право: Учеб. / Под. ред. С. П. Гришаева. – М.: Юристъ, 1998. – С. 352; *Завидов Б. Д.* Договорное право России. – ИПК «Лига Разум», 1998. – С. 285.

² *Ефимова Л. Г.* Банковское право: Учеб. и практ. пособ. – М.: Изд-во БЕК, 1994. – С. 87.

³ *Иоффе О. С.* Обязательственное право. – М., Юрид. лит. – 1975. – С. 13–14.

ня клієнтами грошових коштів, а також на встановлення не передбачених законом або договором банківського рахунка обмежень по розпоряджанню клієнтом за своїм розсудом грошовими коштами, що знаходяться на його рахунку. Єдиним випадком, коли банк не виконує розпоряджань клієнта, передбаченим ст. 59 Закону «Про банки і банківську діяльність», є арешт, стягнення та зупинення операцій по рахунках, тобто неможливість проведення витратних операцій на рахунку. Арешт накладається виключно за санкціонованою прокурором постановою слідчого, за постановою державного виконавця у випадках, передбачених законами України, або за рішенням суду. Операції по рахунках можуть бути відновлені органом, який прийняв рішення про їх зупинення, або за рішенням суду.

Як списання коштів з рахунка клієнта, так і зарахування на нього коштів охоплюються поняттям операцій за рахунком. З юридичної точки зору всі ці дії є формою виконання договору банківського рахунка. Закон встановлює обов'язок банку здійснювати для клієнта всі види банківських операцій, що передбачені для тих чи інших рахунків положеннями закону, встановленими відповідно до цих законів банківськими правилами та звичаями ділового обороту, які застосовуються в банківській практиці, а також умовами договору. Банк не може відмовити клієнту в здійсненні будь-яких операцій за рахунком, якщо тільки така умова не була зафіксована в договорі. Даний випадок, стосується тієї ситуації, коли у конкретного банку відсутні кореспондентські відносини з іншими, наприклад, закордонними банками, що в свою чергу виключає можливість здійснювати ті чи інші операції. Банк повинен при укладанні договору банківського рахунка (відкритті рахунка) враховувати цю умову, оскільки в іншому випадку клієнту надане право вимагати від банку відшкодування всіх збитків, які сталися у зв'язку з відмовою у здійсненні конкретної операції.

Зарахування на рахунок клієнта грошових коштів, що надійшли, має здійснюватися не пізніше банківського (операційного) дня, що настає за днем надходження в банк відповідного розрахункового документа. Частина 2 ст. 1068 ЦК надає право змінити цей термін умовами договору. У зазначений термін здійснюються операції по зарахуванню чи перерахуванню з рахунка клієнта коштів. Банк зобов'язаний зарахувати на його одержувача платіж, що надійшов на кореспондентський рахунок банку в електронній формі, на підставі розрахункових документів, представлених клієнтом на паперових носіях¹. Однак видача і перерахування коштів, на відміну від їх зарахування, можуть мати місце як у більш скорочений, так і у більш тривалий термін, якщо це передбачено законом, а також виданими відповідно до нього банківськими правилами чи договором банківського рахунка (ч. 3 ст. 1068 ЦК). У випадку прострочення виконання банком платіжного доручення клієнта до моменту списання коштів з кореспондентського рахунка банку платника клієнту надане право відмо-

¹ Див. главу 58 цього підручника.

витися від виконання доручення та вимагати поновлення відповідної суми на його рахунку.

Умовами договору банківського рахунка може бути передбачений обов'язок банку робити у встановлених межах платежі за розпорядженням клієнта й у тих випадках, коли відсутні кошти на його рахунку. У цьому випадку оплата рахунків клієнта здійснюється за рахунок коштів банку, тобто має місце кредитування банком клієнта. Такий різновид кредитування в діловому обороті має назву овердрафт. Ним може бути як окремих договір, так і договір банківського рахунка може містити умови овердрафту, тобто бути змішаним договором (ч. 2 ст. 628 ЦК). За умовами договору овердрафту банк зобов'язується надавати клієнту грошові кошти в кредит шляхом оплати з поточного рахунка клієнта розрахункових документів на суму, яка перевищує залишок власних коштів на рахунку клієнта, але у межах, встановлених кредитним договором. До договору банківського рахунка повинні бути включені умови про розмір процентної ставки за користування клієнтом коштами банку, зазначено термін кредитування і кількість разів, коли банк зобов'язаний оплачувати борги клієнта зі своїх грошей за визначений період часу. Кредитування рахунка відбувається за правилами кредитного договору і договору позики, якщо договором банківського рахунка чи законом не передбачене інше (ч. 2 ст. 1069 ЦК). За загальним правилом, інше може бути встановлено договором банківського рахунка.

Оскільки договір банківського рахунка є оплатним, то обов'язком банку є сплата клієнтові відсотків за користування залишком коштів на його рахунку, а обов'язком клієнта – оплата банку за розрахунково-касове обслуговування. Як правило, банк щокварталу, якщо інший порядок не встановлений договором, у безакцептному порядку списує з рахунка клієнта винагороду за проведення операцій з коштами клієнта. Відповідно, щокварталу, якщо інше не передбачено договором банківського рахунка, банк зараховує суму обговорених процентів за користування коштами клієнта (ст. 1070 ЦК). При відсутності в договорі відповідних умов нараховуються проценти в розмірі, що сплачується банком за вкладом на вимогу.

Одним з істотних обов'язків банку є обов'язок зберігати таємницю, тобто відомості про банківський рахунок, про операції за ним і про клієнта (ст. 1076 ЦК). Глава 10 Закону «Про банки і банківську діяльність» присвячена банківській таємниці та конфіденційній інформації. Під банківською таємницею ст. 60 вказаного Закону розуміє інформацію щодо діяльності та фінансового стану клієнта, яка стала відомою банку в процесі обслуговування клієнта та взаємовідносин з ним чи третім особам при наданні послуг банку і розголошення якої може завдати матеріальної чи моральної шкоди клієнту. Така інформація може бути надана за правилами, встановленими зазначеним Законом, зокрема, на письмовий запит або з письмового дозволу власника такої інформації; на письмову вимогу суду або за рішенням суду; органам прокуратури України, Служби безпеки України, Міністерства внутрішніх справ України стосовно операцій за ра-

хунками конкретної юридичної або фізичної особи – суб'єкта підприємницької діяльності за конкретний проміжок часу; органам Державної податкової служби України на їх письмову вимогу з питань оподаткування або валютного контролю стосовно операцій за рахунками конкретної юридичної або фізичної особи – суб'єкта підприємницької діяльності за конкретний проміжок часу; спеціально уповноваженому органу виконавчої влади з питань фінансового моніторингу на його письмову вимогу щодо здійснення фінансових операцій, які підлягають фінансовому моніторингу згідно з законодавством про запобігання та протидію легалізації (відмиванню) доходів, одержаних злочинним шляхом; органам державної виконавчої служби на їх письмову вимогу з питань виконання рішень судів стосовно стану рахунків конкретної юридичної особи або фізичної особи – суб'єкта підприємницької діяльності (ст. 62). Необхідне також оформлення такої вимоги та підстави для отримання цієї інформації з зазначенням посилання на норми закону, відповідно до яких той чи інший державний орган має право на отримання даної інформації.

У випадку смерті клієнта довідки по рахунках (вкладах) видаються особам, зазначеним власником рахунка (вкладу) в заповідальному розпорядженні банку, нотаріусам, іноземним консульським установам.

За розголошення банківської таємниці винні особи можуть бути притягнуті до відповідальності і будуть зобов'язані відшкодувати клієнту, чії інтереси порушені, заподіяні збитки.

Банк не має права надавати інформацію також про клієнтів іншого банку, навіть якщо їх імена зазначені у документах, правочинах та операціях клієнта, але при цьому банку надане право видавати загальну інформацію, що становить банківську таємницю, іншим банкам, в обсягах, необхідних при наданні кредитів, банківських гарантій. Обмеження стосуються отримання інформації, яка містить банківську таємницю і не поширюється на службовців Національного банку України або уповноважених ним осіб, які у межах повноважень, наданих Законом «Про Національний банк України», здійснюють функції банківського нагляду або валютного контролю.

Списання коштів з рахунка клієнта за загальним правилом здійснюється за його прямим розпорядженням (ч. 1 ст. 107¹ ЦК). Розрахункові документи про перерахування і видачу коштів з рахунка юридичної особи повинні бути підписані керівником і головним бухгалтером, зразки підписів яких мають місце на банківських картках. В інших випадках права осіб, які здійснюють від імені клієнта розпорядження його рахунком, повинні бути посвідчені безпосередньо клієнтом, який несе пов'язаний з цим ризик. Банк, в свою чергу, зобов'язаний перевірити правильність оформлення вказаних прав.

Відповідно до умов договору банківського рахунка розпорядження коштами, що знаходяться на рахунку клієнта, може здійснюватися шляхом надання розрахункових документів в електронній формі з використанням в них аналогів власноручного підпису, які підтверджу-

ють, що розпорядження надане банку уповноваженою особою. Посвідчення права розпоряджання рахунком можливо за допомогою електронного підпису – це дані в електронній формі, які додаються до інших електронних даних або логічно з ними пов'язані та призначені для ідентифікації підписувача цих даних. В цих цілях використовується електронний цифровий підпис (ЕЦП) – 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 підписувача¹. ЕЦП дозволяє встановити справжність, авторство та цілісність документа й одночасно є аналогом фізичного підпису уповноваженої особи. Аналогічні результати можуть бути досягнуті при використанні персонального ідентифікаційного номера (ПІН) при розрахунках за допомогою кредитових та дебетових карток.

Банк виконує розрахунки по документах відповідно до черговості їх надходження та виключно в межах залишку грошових коштів на рахунку клієнта, якщо інше не встановлено договором між банком і клієнтом. (ч. 1 ст. 1072 ЦК). Тобто, важливим є те, що ЦК встановлює черговість списання грошових коштів з рахунку клієнта. За наявності на останньому коштів у кількості, достатній для задоволення всіх вимог, списання їх за загальним правилом здійснюється в порядку надходження документів у банк платника, якщо інше не передбачено законом. У тому випадку, коли коштів не вистачає для задоволення усіх вимог, списання їх здійснюється в порядку, встановленому в ч. 2 ст. 1072 ЦК.

Законодавчо наданий пріоритет списанню грошових коштів з рахунку клієнта на підставі рішення суду. Однак, якщо буде декілька рішень суду, то перевага надаватиметься для задоволення вимог про відшкодування шкоди, завданої каліцтвом, іншим ушкодженням здоров'я або смертю, а також вимог про стягнення аліментів. В другу чергу на підставі рішень суду списанню підлягають грошові кошти, що необхідні для виплати вихідної допомоги та оплати праці особам, які працюють за трудовим договором (контрактом), а також виплат за авторським договором. І після цього або у відсутність перших двох рішень суду списуються грошові кошти на підставі інших рішень суду.

Після проведення зазначених розрахунків провадяться розрахунки, що передбачають платежі до бюджету. І лише потім списуються грошові кошти за іншими розрахунковими документами в порядку їх послідовного надходження.

Зазначений порядок списання коштів не застосовується у випадку визнання клієнта неплатоспроможним (банкрутом). У разі ліквідації банку передусім повинні бути задоволені вимоги громадян, які є кредиторами даного банку.

¹ Про електронний цифровий підпис. Закон України від 22 травня 2003 р. // Відомості Верховної Ради України. – 2003. – № 36. – Ст. 276.

Статтею 1073 ЦК встановлюється, що у разі несвоечасного (пізніше наступного дня після надходження розрахункового документа) зарахування на рахунок клієнта грошових коштів, що надійшли, або безпідставного списання банком коштів з рахунка, а також невиконання вказівок клієнта про перерахування коштів з його рахунка банк зобов'язаний негайно після виявлення порушення зарахувати відповідну суму на рахунок клієнта або належного отримувача, сплатити клієнту проценти та відшкодувати завдані збитки, якщо інше не встановлено законом. Проценти, нараховані за неналежне здійснення операцій по рахунку, являють собою цивільно-правову відповідальність.

Обидві сторони договору мають право на його розірвання. При цьому слід враховувати, що ст. 1075 ЦК, якою встановлюються підстави для одностороннього розірвання договору банківського рахунка, є спеціальною в порівнянні зі ст. 615 ЦК. Отже, застосовуються не загальні правила про одностороннє розірвання договору, а спеціальні правила з урахуванням специфіки договору банківського рахунка.

Клієнт має право в односторонньому порядку розірвати договір банківського рахунка в будь-який час на підставі заяви (ч. 1 ст. 1075 ЦК).

До можливості для банку за його вимогою розірвати договір банківського рахунка законодавець ставиться більш жорстко. Згідно з ч. 2 ст. 1075 ЦК це можливо в наступних випадках:

якщо протягом місяця після попередження клієнта сума грошових коштів, що зберігається на рахунку, виявиться меншою від мінімального розміру, передбаченого банківськими правилами або договором;

при відсутності операцій за рахунком протягом року, якщо інший строк не встановлений договором;

в інших випадках, встановлених договором або законом.

У випадку розірвання договору банк зобов'язаний видати залишок грошових коштів клієнту або перевести їх на інший рахунок за його вказівкою. Ці операції банк робить в строки і порядку, встановлені банківськими правилами. Після повернення чи перерахування залишку коштів клієнта на рахунку, банк вправі закрити його рахунок.

Глава 57. ДОГОВІР ФАКТОРИНГУ

§ 1. Поняття та загальна характеристика договору факторингу

Становлення в Україні сучасного демократичного суспільства з розвинутою ринковою економікою потребує належних змін у правовому регулюванні суспільних відносин, пов'язаних з майновим обігом. Проявом таких змін у вітчизняній юриспруденції послугувало значне коло новел цивільного законодавства, серед яких можливо

відзначити і договір факторингу¹. Зарахований ЦК до кола поійменованих, договір факторингу, тим не менше, виник не на порожньому місці, а є результатом тривалого розвитку, з одного боку, відомого ще староримському праву інституту цесії, а, з іншого боку, особливого різновиду представницьких (агентських) відносин з надання фінансових послуг, що існують вже більше ста років.

Складність походження договору факторингу обумовило, у свою чергу, виникнення наукової дискусії стосовно його юридичної природи. Головне протиріччя пов'язане з включенням договору факторингу або до договорів з надання послуг, або до одного з проявів договору купівлі-продажу, згідно з яким відбувається купівля-продаж майнового права (права грошової вимоги). Розглядається договір факторингу і в якості змішаного, тобто договору, що поєднує у собі елементи різних договорів (ч. 2 ст. 628 ЦК), у даному випадку договору кредиту та цесії. Кредитом у договорі факторингу є кошти, що надаються однією стороною за відчуження на її користь грошової вимоги, а остання, при цьому, визнається всього лише специфічним засобом повернення наданого кредиту². У той же час набула поширення думка про те, що договір факторингу може існувати як у формі купівлі-продажу (*факторинг-купівля-продаж*), так і як договір з надання послуг (*факторинг-комісія*). Критерієм розмежування цих різновидів факторингу слугує предмет домовленості сторін договору, мета та зміст дій, що вчинюються фактором під час виконання своїх договірних обов'язків. У випадку, коли дії фактора обмежуються винятково купівлею майнового права, має місце купівля-продаж. Коли ж оплатне набуття майнового права поєднується з наданням фактором клієнту різноманітних фінансових послуг, пов'язаних з обслуговуванням існуючого права вимоги, має місце факторинг-комісія³.

Передумовою для підтримки однієї з вище наведених точок зору в розумінні сутності договору факторингу має послугувати з'ясування змісту факторингових відносин та сутності самого факторингу як різновиду підприємницької діяльності. Сутність ж його полягає у тому, що суб'єкт цивільних правовідносин (кредитор) маючи боржника, який з тих чи інших причин не сплачує належні першому кошти, тим не менш, ці кошти отримує, хоча і не від боржника, а від третьої особи, шляхом укладання з нею договору факторингу. Отримавши таким чином гроші, особа, яка є суб'єктом підприємницької діяльності, має можливість спрямувати їх на забезпечення своєї ділової активності. Зрозуміло, що в переважній частині випадків, особа, яка укладає договір факторингу, у якості оплати за цим договором отримує суму,

¹ Термін «факторинг» є транскрипцією англійського *factoring*, що означає здійснювану в інтересах певної особи діяльність фінансового агента (представника).

² Агафонова Н. Финансирование под уступку денежного требования // *Хозяйство и право*. – 2000. – № 6. – С. 112.

³ Красько І. Є. Договір факторингу // *Предпринимательство, хозяйство и право*. – 1996. – № 6. – С. 3–4..

що буде менше розміру заборгованості перед нею боржника. Проте ринковий сенс в укладенні договорів факторингу все ж існує, хоча б з тієї причини, що повернені за допомогою цього договору гроші будуть залучені до обороту та нададуть змогу отримати прибуток, що компенсує певні втрати від їх повернення у меншому розмірі. Окрім того, не слід ігнорувати того, що за договором факторингу, особа, яка відступає наявне у неї право грошової вимоги, може отримати від контрагента послуги, які можливо взагалі будуть одним з вирішальних чинників можливості повернення чи відчуження існуючої заборгованості боржника. Нарешті, важливим, у повному з'ясуванні цього питання, є те, що для контрагента особи, яка відчужує наявне у неї право грошової вимоги, оплатне набуття подібних майнових прав є підприємницькою діяльністю з очевидними проявами ризику не отримання чи отримання у значно меншому розмірі грошей за цією вимогою. Тому цілком обґрунтованим виглядає існування різниці між розмірами грошового вираження майнового права, що відступається, та розміром оплати за це право.

Необхідно зазначити, що у країнах з розвинутою ринковою економікою стосунки факторингових компаній (банку чи іншої спеціалізованої організації) зі своїми клієнтами, які мають права грошових вимог до третіх осіб, у більшості випадків не обмежуються одномоментним актом купівлі-продажу (фінансування) права майнової (грошової) вимоги. Нерідко між такими суб'єктами складаються тривалі договірні відносини, впродовж яких факторингова компанія скуповує у свого клієнта не одне, а значну кількість наявних у нього прав грошових вимог, надаючи при цьому широкий спектр різноманітних насамперед фінансових послуг з обслуговування цих вимог. Тобто, стає зрозумілим, що сутність укладеного між сторонами договору факторингу значною мірою залежить від визначеного сторонами предмета та змісту договору.

Легальне визначення договору факторингу міститься у ч. 1 ст. 1077 ЦК, згідно з яким: *одна сторона (фактор) передає або зобов'язується передати грошові кошти в розпорядження другій стороні (клієнта) за плату, а клієнт відступає або зобов'язується відступити факторові своє право грошової вимоги до третьої особи (боржника).*

Аналіз цієї дефініції дозволяє дійти висновку, що у вітчизняному цивільному законодавстві у загальному вигляді закріплено погляд на договір факторингу як договір купівлі-продажу майнового права (наявної у клієнта права грошової вимоги). Проте сторони, керуючись ч. 2 ст. 1077 ЦК, мають можливість додати до зобов'язань фактора також дії щодо надання клієнтові послуг сутнісно пов'язаних із грошовою вимогою, право на яку він відступає.

Договір факторингу є двостороннім, відплатним та реальним або консенсуальним.

Договір факторингу належить до двосторонніх договорів, з огляду

на ту обставину, що у обох сторін цього зобов'язання є права та обов'язки (ч. 3 ст. 626 ЦК). Конкретний перелік таких прав та обов'язків може варіюватися залежно від змісту укладеного між сторонами договору. Проте у будь-якому випадку маємо можливість констатувати наявність у фактора обов'язку з передачі коштів клієнту, а, в свою чергу, у клієнта – обов'язку з відступлення (відчуження) фактору належного першому права грошової вимоги до третьої особи. Кореспондують вищезазначеним обов'язкам сторін відповідні права. Так, клієнт має право вимагати від фактора передання обумовленої плати, а фактор – визначеного договором та належного клієнту права грошової вимоги до третьої особи (боржника).

За своєю сутністю факторинг є різновидом підприємницької діяльності, що своїм логічним наслідком має *відплатність* договору факторингу відповідно до положень ч. 5 ст. 626 та ч. 1 ст. 1077 ЦК. Отримуючи право грошової вимоги, фактор передає клієнту визначену в договорі суму коштів, тобто, одна сторона договору – фактор – за гроші набуває належне контрагенту – клієнту – майнове право: право вимоги певної грошової суми.

Притаманна договору факторингу риса відплатності, не може бути змінена сторонами й у випадку, коли вони, керуючись ч. 3 ст. 6 та ч. 5 ст. 626 ЦК, встановили в укладеному ними договорі його безоплатність, тобто положення, згідно з яким відступлення (відчуження) клієнтом наявного у нього права грошової вимоги до третьої особи на користь фактора не буде компенсуватися зустрічною оплатою зі сторони останнього. Вважаємо, що реалізація сторонами договору подібної можливості, матиме своїм наслідком укладення не договору факторингу, а іншого двостороннього правочину, наприклад, дарування майнового права (ч. 2 ст. 718 ЦК) тощо.

Принципово іншим буде правовий результат дій сторін договору у випадку, коли вони, не встановивши безоплатності укладеного між ними договору, тим не менш не домовилися і про його оплатність та (або) розмір такої оплати, тобто не визначили ціну договору. У подібних ситуаціях, згідно з ч. 5 ст. 626 ЦК, що встановлює презумпцію відплатності договору, договір факторингу буде вважатися відплатним. У свою чергу, відсутність у договорі домовленості щодо ціни, надає можливість застосувати ч. 4 ст. 632 ЦК, що регулює випадки визначення ціни договору, коли така не встановлена домовленістю сторін. Ціна договору у подібних випадках, якщо вона не може бути визначена виходячи з його умов, у тому числі шляхом тлумачення його змісту (ст. 213 ЦК), визначається на підставі звичайних цін, що застосовувалися в аналогічних договорах на момент укладення цього договору факторингу.

Легальне визначення договору факторингу свідчить про те, що за бажанням сторін та, виходячи з фактично існуючих відносин, цей договір може бути сконструйовано у якості як *реального*, так і *консенсуального* договору. У випадку, коли момент укладення договору сто-

ронами пов'язується хоча б з одним із таких фактів, як передання фактором коштів, або відступлення (відчуження) клієнтом права грошової вимоги, договір факторингу є реальним (ч. 2 ст. 640 ЦК). Напроти, якщо згідно з договором сторони беруть на себе обов'язки здійснити вищезазначені дії на виконання своїх договірних обов'язків лише у майбутньому, договір факторингу є консенсуальним (ч. 1 ст. 640 ЦК).

Розмежування договорів факторингу на реальні та консенсуальні є найбільш простішим їх поділом на види. Окрім цього, договори факторингу можуть бути диференційовані на: а) факторинг з оплатою та факторинг з оплатою та фінансуванням; б) факторинг розкритий та нерозкритий; в) договір факторингу як основне та акцесорне зобов'язання.

Критерієм поділу факторингових операцій на *оплатні* та *оплатні з фінансуванням* слугує передбачений у договорі факторингу порядок перерахування коштів від фактора до клієнта. При оплатному факторингу фактор бере на себе обов'язки з отримання коштів від третьої особи, несе ризик невиконання грошового зобов'язання, тощо, однак перераховує кошти клієнту переважно лише після їх надходження від зазначеної третьої особи (боржника), що звісно у більшості випадків не вигідно для клієнта. Більш вдалим для останнього виглядає факторинг з оплатою та фінансуванням, оскільки відповідно до такого різновиду факторингу фактор одразу після укладення договору факторингу перераховує клієнту більшу частину або всю суму належних йому коштів. Конкретний розмір подібного роду перерахування залежить від багатьох обставин, зокрема, того: є предметом договору наявна чи майбутня вимога, який характер та тривалість мають договірні стосунки фактора та клієнта, наскільки боржник є платоспроможним тощо.

Залежно від наявності у сторін можливості щодо повідомлення боржника клієнта стосовно укладення договору факторингу, розрізняють розкритий та нерозкритий факторинг. При *розкритому* факторингу боржнику клієнта направляється чи може направлятися повідомлення стосовно укладення між його колишнім та новим кредиторами договору факторингу. Таке повідомлення може надіслати боржнику як фактор, так і клієнт. Напроти, при *нерозкритому* факторингу обидві сторони цих договірних правовідносин зобов'язані не розголошувати факт укладення договору з причин конфіденційності цієї інформації.

Договір факторингу як зобов'язання може бути *основним* або *акцесорним*, забезпечуючи виконання іншого, існуючого між фактором та клієнтом зобов'язання, у якому останній є боржником (абз. 2 ч. 1 ст. 1077 ЦК). Разом з тим, гл. 49 ЦК «Забезпечення виконання зобов'язання» не містить вказівки на такий зобов'язально-правовий спосіб забезпечення виконання зобов'язань як договір факторингу. Однак відповідно до ч. 2 ст. 546 ЦК договором та законом можуть бути

встановлені інші види забезпечення виконання зобов'язань, що і має місце у даному випадку в зв'язку з прямою вказівкою ст.1077 ЦК на договір факторингу як можливий спосіб забезпечення виконання зобов'язань. На підставі цього є достатні підстави стверджувати про необхідність застосування норм ЦК щодо загальних положень про забезпечення виконання зобов'язань у випадках, коли договір факторингу укладено між сторонами безпосередньо з цією метою. Це зауваження стосується насамперед вимог ЦК стосовно обов'язкової письмової форми укладення правочину про забезпечення виконання зобов'язань та неможливості забезпечення недійсного зобов'язання.

У міжнародній торгівлі існує також поділ факторингу на *прямий* та *непрямий*. Критерієм поділу є наявність факторингової компанії у однієї чи у обох сторін договору купівлі-продажу. При прямому факторингу є лише один фактор (так званий фактор з експорту), з яким продавець-експортер уклав договір факторингу щодо обслуговування грошової вимоги. Це свого роду класична схема факторингових відносин, однак з врахуванням тієї обставини, що боржник перебуває за межами країни знаходження фактора та його клієнта. Більш складна ситуація при непрямому факторингу, оскільки у цьому випадку існує також фактор з імпорту, тобто факторингова компанія країни покупця, з якою останній уклав факторингову угоду, щодо обслуговування своїх зобов'язань¹.

§ 2. Елементи та умови договору факторингу

§ Сторонами договору факторингу є фактор і клієнт. Фактором може бути банк, фінансова установа (юридична особа) або фізична особа – суб'єкт підприємницької діяльності, яка відповідно до законодавства має право здійснювати факторингову діяльність, тобто набувати права грошових вимог та надавати факторингові послуги (ч. 3 ст. 1079 ЦК). Клієнтом у договорі факторингу може бути фізична або юридична особа, яка є суб'єктом підприємницької діяльності (ч. 2 ст. 1079 ЦК). Третя особа (боржник), право грошової вимоги до якої клієнт відступає факторові, не є стороною договору факторингу, а тому на неї не поширюються не тільки вимоги щодо права здійснення факторингової діяльності, а й вимоги щодо наявності у неї статусу суб'єкта підприємницької діяльності.

Предметом договору факторингу є належне клієнту право грошової вимоги до третьої особи, яке він відступає або зобов'язується відступити факторові. Це право грошової вимоги, подібно іншим майновим правам, як підставу свого існування може мати договір чи інший правочин, а також ґрунтуватися на інших підставах виникнення цивільних прав та обов'язків (ст. 11, ч. 2 ст. 509 ЦК).

Залежно від того чи настає час платежу за вимогою розрізняють:

¹ Шмитгофф К. Экспорт: право и практика международной торговли. – М.: Юрид. лит., 1993. – С. 232.

а) право грошової вимоги, строк платежу за яким вже настав (наявна вимога) та б) право вимоги, яке виникне у майбутньому (майбутня вимога) (ч. 1 ст. 1078 ЦК). Принципова відмінність цих різновидів предмета договору факторингу полягає у реальності існування на час укладення цього договору у клієнта майнового права, відповідно до якого він має отримати гроші від третьої особи (боржника). Якщо предметом договору факторингу є майбутня вимога, то вона вважається такою, що перейшла до фактора лише після того, як виникло право на одержання від боржника коштів, які він, у випадку не укладення договору факторингу, мусив би сплатити своєму кредитору (клієнту в договорі факторингу) (ч. 2 ст. 1078 ЦК). Прикладом такого юридичного факту, з яким пов'язаний перехід до фактора грошової вимоги, може слугувати закінчення строку відстрочки платежу, наданої контрагенту клієнта за договором купівлі-продажу.

Передане фактору право грошової вимоги на одержання коптів (майбутня вимога) може ґрунтуватися як на вже укладеному між клієнтом та третьою особою договорі, строк виконання грошових зобов'язань за яким ще не настав, так і на договорі, що тільки буде укладено між клієнтом та третьою особою в майбутньому. Наприклад, фактор на початку весни укладає з сільськогосподарським виробником договір факторингу, за умовами якого клієнт зобов'язується відступити першому право грошової вимоги за договором купівлі-продажу зерна, що буде укладено восени цього ж року. Зрозуміло, що укладення договору факторингу на подібних умовах є найбільш ризикованим для фактора, однак це не перешкоджає банку чи іншій особі здійснювати такого роду факторингові операції.

Звернемо увагу, що предмет договору факторингу стосується винятково відступлення права грошової вимоги, а тому у випадках, коли у відносинах з третіми особами клієнт має право, у тому числі майнове, що не стосується отримання певної грошової суми, а пов'язане, наприклад, з отриманням певних речей, укладення договору факторингу неможливе. У подібних ситуаціях можуть бути застосовані норми цивільного законодавства, що регулюють відносини з переходу прав кредитора (цесії), тощо.

На сьогодні не можливо розглядати як складові предмета договору факторингу і можливі дії фактора щодо обслуговування боргу (ч. 2 ст. 1077 ЦК). Подібні дії фактора, згідно з позицією законодавця, необхідно інтерпретувати як складові змісту (прав та обов'язків сторін) цього договірної зобов'язання.

Відповідно до ч. 2 ст. 1078 ЦК відступлення права грошової вимоги у договорі факторингу може бути обумовлене певною подією. Уявляється, що у цьому випадку йдеться про правочин, здійснений з відкладальною обставиною, а тому при необхідності слід застосовувати положення ст. 212 ЦК. З настанням обумовленої події додаткового оформлення відступлення права грошової вимоги не потрібно.

На дійсність договору факторингу не впливає наявність між клієн-

том та третьою особою (боржником) домовленості про заборону або обмеження передання права грошової вимоги іншій особі (ст. 1080 ЦК). У той же час подібна домовленість між клієнтом та його боржником не може бути визнана недійсною, у зв'язку з тим, що законодавство, у тому числі гл. 73 ЦК, не містить для цього достатніх підстав. Більш того, у тексті закону міститься підтвердження протилежної позиції, тобто дійсності подібного договірною застереження, оскільки відповідно до абз. 2 ст. 1080 ЦК порушення клієнтом саме цієї домовленості не звільняє його від обов'язків та відповідальності перед боржником. Це означає, що у цілому боржник шляхом закріплення спеціального застереження в укладеному між ним та клієнтом договорі не зможе стовідсотково «захистити» себе від появи нового кредитора (фактора). Проте, завдяки існуванню подібного застереження, первісний кредитор (клієнт у договорі факторингу) у якості санкції за укладення договору факторингу всупереч домовленості між ним та боржником може бути притягнутий боржником до цивільно-правової відповідальності, наприклад, у формі сплати неустойки.

Згідно з ч. 1 ст. 1083 ЦК наступне (мається на увазі після укладення договору факторингу) відступлення фактором права грошової вимоги не допускається. Однак ця норма ЦК є диспозитивною, а тому сторони договору факторингу, можуть дійти згоди щодо іншого. У випадку коли договором факторингу передбачена можливість наступного відступлення права грошової вимоги, правове регулювання цих відносин здійснюється згідно з загальними положеннями гл. 73 ЦК (ч. 2 ст. 1083 ЦК). Навпаки, якщо сторони в укладеному ними договорі факторингу не дійшли згоди щодо можливості такого наступного відступлення права грошової вимоги, то здійснений фактором правочин, спрямований на відчуження отриманого від клієнта права грошової вимоги, за заявою заінтересованої особи може бути визнано недійсним на підставі ч. 1 ст. 203, ст. 215, ч. 1 ст. 1083 ЦК.

Суттєвою умовою договору факторингу є *ціна*. Ціною у цьому договорі є вартість права грошової вимоги, що відступається клієнтом на користь фактора, а не розмір самої грошової вимоги. Остання ж є не ціною, а кількісною характеристикою предмета договору факторингу – права грошової вимоги. Тобто, на зразок іншого товару право грошової вимоги, яке відступає клієнт, підлягає вартісній оцінці, на яку за ринкових відносин впливає безліч обставин, що можуть як знизити, так і підвищити таку оцінку. Виходячи з цього, ціною у договорі факторингу й визнається та сума коштів, яку фактор передає клієнту, отримуючи взамін право грошової вимоги на отримання більшої (як правило), рівної або меншої суми коштів.

У випадку коли договір факторингу сконструйовано як договір з надання фінансових послуг, ціною цього договору буде розмір винагороди, що буде сплачена клієнтом своєму фінансовому агенту за надані послуги.

Сторони договору факторингу на свій розсуд та виходячи з пред-

мета та змісту договору, що укладається між ними, визначають *строк* його дії (статті 530, 631 ЦК). У той же час, положення гл. 73 ЦК не перешкоджають сторонам укласти договір факторингу без встановленого строку (терміну) його дії. У подібних випадках будуть застосовані загальні положення ЦК щодо строків чинності подібних зобов'язань (ч. 2 ст. 530 ЦК).

Главою 73 ЦК окремо не обумовлені спеціальні вимоги до *форми* договору факторингу, а тому в цьому питанні слід користуватися загальними положеннями ЦК стосовно вимог до форми правочинів (статті 205–209, 513 ЦК) та договорів (ст. 639 ЦК), а також ст. 547 ЦК у випадку укладення договору факторингу з метою забезпечення виконання основного зобов'язання.

§ 3. Права та обов'язки сторін за договором факторингу

Основні права та обов'язки сторін договору факторингу можуть бути виділені безпосередньо з легальної дефініції цього договору. Фактор зобов'язаний передати клієнту кошти у визначеному у договорі розмірі, а клієнт, у свою чергу, зобов'язаний відступити на користь фактора право грошової вимоги до третьої особи (боржника). Відповідно вищезазначеним обов'язкам сторін – фактор має право вимагати від клієнта вчинення дій, спрямованих на відступлення на його користь права грошової вимоги до третьої особи (боржника клієнта), а клієнт має право на отримання від фактора обумовленої у договорі грошової суми, як плати за відступлене майнове права вимоги.

Відповідно до гл. 73 ЦК сторони договору факторингу можуть мати також інші права та обов'язки. Так, згідно з ч. 1 ст. 1082 ЦК договором може бути встановлено обов'язок однієї з сторін з направлення повідомлення боржнику клієнта про укладення договору факторингу. Не отримання боржником такого повідомлення або не відповідність останнього законодавчим вимогам (необхідно визначити розмір заборгованості, що підлягає поверненню, назвати фактора, якому слід здійснити платіж) надасть боржнику право не здійснювати платіж фактору. Це, в свою чергу, може мати негативні майнові наслідки для сторони договору факторингу, яка не виконала названий обов'язок.

У випадку коли за договором факторингу клієнт відступає фактору право грошової вимоги шляхом купівлі-продажу, то останній набуває право на всі суми, які він отримує від боржника, однак при цьому фактор несе ризик того, що сплачені боржником суми будуть менші ціни договору факторингу (ч. 1 ст. 1084 ЦК). У свою чергу, якщо договір факторингу був укладений з метою забезпечення виконання певного основного зобов'язання клієнта перед фактором і договором не передбачено іншого, фактор отримує право лише на суму основного боргу. Отримані кошти, що перевищують суму боргу клієнта перед фактором, останній зі складанням звіту повинен повернути клієнту. Якщо ж коштів, отриманих від боржника шляхом відступлення права грошової вимоги за договором факторингу, буде недостатньо для по-

гашення основного боргу, клієнт зобов'язаний сплатити факторові залишок боргу (ч. 2 ст. 1084 ЦК).

Перелік прав та обов'язків сторін у конкретному договорі факторингу може бути доповнено за згодою сторін. Так, наприклад, у випадку укладення договору факторингу, відповідно до якого фактор надає клієнту додаткові фінансові послуги, пов'язані з обслуговуванням наявного права грошової вимоги до третьої особи (боржника) (ч. 2 ст. 1077 ЦК), у клієнта виникають права на отримання таких послуг (проведення аудиту бухгалтерського та фінансового обліку заборгованості, управління кредитними та розрахунковими операціями, здійснення розрахунків з кредиторами та боржниками, тощо), а у фактора відповідно – обов'язок з належного надання таких послуг.

Незважаючи на те, що боржник клієнта не є стороною договору факторингу, укладання останнього має правові наслідки також для нього. При цьому з врахуванням тлумачення статей 202, 636 ЦК, йдеться про наділення боржника певними правами, що виникають на підставі договору факторингу, за відсутності виникнення на цій же підставі нових обов'язків боржника. По-перше, останній має право вимагати від фактора надання йому в розумні строки доказів того, що відступлення права грошової вимоги дійсно мало місце (чч. 1, 2 ст. 1082 ЦК). Якщо фактор не виконає цієї вимоги, то боржник має право сплатити платіж своєму первісному кредитору (клієнту) (ч. 2 ст. 1082 ЦК). По-друге, боржник має право пред'явити фактору до заліку (а фактично відповідно до ч. 2 ст. 601 ЦК здійснити залік (зарахування) односторонньою заявою) свої грошові вимоги, що ґрунтуються на договорі з клієнтом та виникли до отримання боржником повідомлення стосовно відступлення права грошової вимоги факторові (ч. 1 ст. 1085 ЦК). В той же час, проти фактора не мають сили ті вимоги, які може пред'явити боржник клієнту в зв'язку з порушенням останнім домовленості про заборону або обмеження факторингу (ч. 2 ст. 1085 ЦК), оскільки ці вимоги пов'язані безпосередньо з особою клієнта. Нарешті, по-третє, боржник має право вимагати повернення сум, уже сплачених за відступленим правом вимоги безпосередньо від клієнта (чч. 1, 2 ст. 1086 ЦК), а у передбачених ч. 2 ст. 1086 ЦК випадках вимагати повернення таких сум і від фактора.

Сторони договору факторингу притягаються до цивільно-правової відповідальності згідно з загальними засадами, передбаченими гл. 51 ЦК. Додатковій регламентації питань цивільно-правової відповідальності учасників цього договірної зобов'язання присвячена ст. 1081 ЦК, відповідно до якої клієнт відповідає перед фактором за дійсність відступленого на його користь права грошової вимоги (ч. 1 ст. 1081 ЦК) і, навпаки, не несе перед фактором відповідальності у разі невиконання або неналежного виконання боржником свого обов'язку з повернення боргу (ч. 3 ст. 1081 ЦК). Разом з тим, обидва положення ЦК є диспозитивними, а тому, за згодою сторін у договорі

факторингу може бути сформульоване інше стосовно одного або одразу двох цих положень.

У свою чергу, відповідно до ч. 2 ст. 1080 ЦК передбачена можливість притягнення до цивільно-правової відповідальності клієнта у випадку, коли він порушив договірне застереження щодо заборони або обмеження відступлення права грошової вимоги до боржника на користь третьої особи (фактора).

Глава 58. ПОРЯДОК ТА ФОРМИ БЕЗГОТІВКОВИХ РОЗРАХУНКІВ

§ 1. Загальні положення про безготівкові розрахунки

Здійснення безготівкових розрахунків пов'язане з наявністю у учасників цивільних відносин банківських рахунків, режим яких передбачає проведення безготівкових розрахунків за рахунок тих сум, які містяться на цих рахунках, якщо інше не встановлено законом та не обумовлено певною формою розрахунків. Форми і порядок безготівкових розрахунків регулюються гл. 74 ЦК (статті 1087–1106), яка має уніфіковану та логічну структуру в сфері правовідносин по розрахункам: загальні положення про розрахунки, розрахунки із застосуванням платіжних доручень, розрахунки за акредитивом, розрахунки за інкасовими дорученнями, розрахунки із застосуванням розрахункових чеків. Положення названої глави ЦК про розрахунки увібрали в себе всі позитивні досягнення цивілістичної думки та досвід міжнародної банківської практики¹, бо при цьому враховувались положення міжнародних банківських правил та звичаїв, наприклад, Уніфіковані правила і звичаї для документарних акредитивів, Уніфіковані правила по інкасо тощо².

ЦК містить наступні принципові положення, на яких мають базуватися правовідносини по розрахунках у безготівковій формі:

– необхідність стабільного регулювання розрахункових відносин, а також з метою їх однакового застосування порядок здійснення безготівкових розрахунків регулюється ЦК, законом та банківськими правилами;

– прерогатива регламентування розрахункових відносин різними підзаконними нормативними актами є невеликою, оскільки стосується тільки банківських правил та звичаїв ділового обороту щодо цих правовідносин;

¹ Закон України від 18 березня 2004 р. «Про загальнодержавну програму адаптації законодавства України до законодавства Європейського Союзу».

² Див.: Міжнародна торгівельна палата / Міжнародний договір від 1 січня 1993 р. № 500; Уніфіковані правила по інкасо / Міжнародна торгівельна палата, Міжнародний договір від 1 січня 1979 р. № 322.

– сторони можуть використовувати принцип автономії волі і мають право на свій розсуд обрати будь-який платіжний інструмент (за винятком меморіального ордера) і зазначити його в договорі;

– безготівкові розрахунки мають проводитись через банки, інші фінансові установи, у яких відкрито відповідні рахунки, якщо інше не випливає із закону та не обумовлено видом безготівкових розрахунків.

Підставою виникнення розрахункових відносин є здійснення платником дій, спрямованих на проведення платежу іншій особі (отримувачу). Підстави для здійснення платежу можуть бути різноманітні: оплата переданого майна, виконаних робіт, надання послуг тощо.

Розрахунки можуть здійснюватись у готівковій або безготівковій формі. *Безготівкові розрахунки* – це перерахування певної суми коштів з рахунків платників на рахунки отримувачів коштів, а також перерахування банками за дорученням підприємств і фізичних осіб коштів, внесених ними готівкою в касу банку, на рахунки отримувачів коштів. Безготівкові розрахунки здійснюються через банки та інші фінансові установи, у яких клієнтам відкриті відповідні рахунки.

Розрахунки поділяються на місцеві та міжмісцеві. Банки, які обслуговують клієнтів, перебувають у кореспондентських відносинах між собою, а також між Національним банком України.

Учасниками розрахункових відносин є: *платник; банк платника, отримувач; банк отримувача*, які існують у вигляді: банків та їх філій, юридичних осіб (товариств, установ тощо), фізичних осіб, з рахунків яких списуються або записуються кошти. Обов'язковим учасником розрахункових правовідносин при безготівковій формі розрахунків є банк або інша фінансова установа.

Розрахунки готівкою здійснюються між платником і отримувачем без участі банку та регламентуються окремими підзаконними актами¹.

Готівкові розрахунки – це платежі готівкою юридичних та фізичних осіб за реалізовану продукцію (товари, виконані роботи, надані послуги) і за операціями, які безпосередньо не пов'язані з реалізацією продукції (товарів, робіт, послуг) та іншого майна. Під *готівкою (готівковими коштами)* розуміють грошові знаки національної валюти України – банкноти і монети, у тому числі й обігові пам'ятні та ювілейні монети, які є дійсними платіжними засобами.

Спосіб розрахунків залежить від статусу суб'єктів розрахункових відносин та підстав, згідно з якими здійснюється платіж. Розрахунки за участю фізичних осіб, що не пов'язані із здійсненням ними підприємницької діяльності, можуть проводитись у готівковій або безготівковій формі за допомогою розрахункових документів у електронно-

¹ Напр.: Положення про ведення касових операцій у національній валюті в Україні від 19 лютого 2001 р. № 72, затверджене постановою Правління НБУ, із змінами та доповненнями; Інструкція про організацію роботи з готівкового обігу установами банків України. Затверджена постановою Правління НБУ від 19 лютого 2001 р. № 69.

му¹ або паперовому вигляді. Електронний документ має однакову юридичну силу з паперовим документом. Напроти, розрахунки між юридичними особами, а також за участю фізичних осіб, які пов'язані із здійсненням ними підприємницької діяльності, провадяться в безготівковій формі. Розрахунки між цими суб'єктами можуть провадитися також готівкою, якщо інше не встановлено законом.

Ці розрахунки здійснюються банком на підставі розрахункових документів на паперових носіях чи в електронному вигляді.

Документи, які використовуються в різних формах розрахунків, можуть мати назву, котра може збігатися з відповідними формами розрахунків. Однак, на відміну від останніх, їх функції обмежуються належним оформленням розрахункових операцій. Під *розрахунковим документом* розуміють документ на переказ грошей, що використовується для ініціювання переказу з рахунка платника на рахунок отримувача². Розрахункові документи складаються на бланках встановленої форми друкарським або з використанням комп'ютерної техніки способом, крім розрахункових чеків, що належать до документів суворого обліку та (або) виготовляються і розповсюджуються централізовано. Усі текстові елементи бланків мають бути виконані українською мовою. У бланках форм розрахункових документів допускається застосування як слова «отримувач», так і слова «одержувач». Платник може давати доручення про списання коштів зі свого рахунка у формі електронного розрахункового документа, якщо це передбачено договором між ним і банком. Останній для здійснення розрахункових операцій може формувати електронні розрахункові документи. Кожний такий документ повинен ґрунтуватися на стандартах та мати: назву документа; номер документа і дату його виписування; номер і код банку платника, а також його фірмове найменування (під кодом банку розуміють реквізит банку, визначений і включений до довідника банківських установ України згідно з нормативно-правовими актами НБУ, що регулюють питання міжбанківських розрахунків в Україні); найменування платника, його ідентифікаційний номер та номер його рахунка в банку; найменування отримувача коштів, його ідентифікаційний номер і номер його рахунка в банку; найменування банку отримувача (в чеку не вказується), номер і код банку отримувача; суму платежу цифрами та прописом; розрахунковий документ (за винятком розрахункового чека) виписується не менш ніж у двох примірниках; розрахункові документи не дозволяється використовувати факси-

¹ Згідно зі ст. 1 Закону України від 5 квітня 2001 р. «Про платіжні системи та переказ грошей в Україні» (із змінами) під електронним документом розуміють документ, інформація в якому представлена у формі електронних даних, включаючи відповідні реквізити документа, в тому числі і електронний цифровий підпис, який може бути сформований, переданий, збережений і перетворений електронними засобами у візуальну форму чи на пипері // Відомості Верховної Ради України. – 2001. – № 29. – Ст. 319.

² Стаття 1 Закону «Про платіжні системи та переказ грошей в Україні».

міле, а також виправляти та заповнювати цей документ в кілька прийомів. Перший примірник має містити відбиток печатки.

Під час здійснення розрахунків можуть застосовуватись акредитивна, інкасова, вексельна форми розрахунків, а також форми розрахунків за розрахунковими чеками та з використанням розрахункових документів на паперових носіях та в електронному вигляді. Причому клієнти банків для здійснення розрахунків самостійно обирають платіжні інструменти та фіксують свій вибір під час укладання різноманітних договорів. Згідно з Інструкцією про безготівкові розрахунки в Україні у національній валюті від 21 січня 2004 р.¹ (далі – Інструкція) здійснення розрахункових операцій забезпечується такими платіжними інструментами: меморіальним ордером; платіжним дорученням; платіжною вимогою-дорученням; платіжною вимогою; розрахунковим чеком; акредитивом.

Використання банківських платіжних карток та векселів як платіжних інструментів регулюється законодавством України, у тому числі окремими нормативно-правовими актами НБУ².

Під операційним днем слід розуміти – частину робочого дня банку або іншої установи – члена платіжної системи, протягом якої приймаються документи на переказ і документи на відкликання та за наявності технічної можливості здійснюється їх оброблення, передавання і виконання. Тривалість операційного дня встановлюється банком або іншою установою – членом платіжної системи самостійно та зазначається у їх внутрішніх правилах. При цьому документи, прийняті банком від клієнтів у операційний час, проводяться ним по балансу в той же день. Визначення початку строку починається з моменту списання грошових коштів з банківського рахунка платника й закінчується в момент зарахування їх на рахунок одержувача.

§ 2. Розрахунки із застосуванням платіжних доручень

Розрахунки платіжними дорученнями є найбільш поширеною формою розрахунків. За цим дорученням банк зобов'язується за до-

¹ Інструкція про безготівкові розрахунки в Україні у національній валюті. Затверджена постановою Правління НБУ від 21 січня 2004 р. № 22.

² Про обіг векселів в Україні: Закон України від 5 квітня 2001 р. // ВВР. – 2001. – № 24. – Ст. 128; Про приєднання України до Женевської конвенції 1930 року, якою запроваджено Уніфікований закон про переказні векселі та прості векселі. Закон України від 6 липня 1999 р. // ВВР. – 1999. – № 34. – Ст. 290; Конвенція, якою запроваджено Уніфікований закон про переказні векселі та прості векселі/ Ліга Націй, Типовий закон, League of Nations, Treaty Series, vol. CXLIII. – P. 259. – No. 3313 (1933–1934); Про цінні папери і фондову біржу: Закон УРСР від 18 червня 1991 р. // ВВР. – 1991. – № 38. – Ст. 508; Про платіжні системи та переказ грошей в Україні: Закон України від 5 квітня 2001 р. // ВВР. – 2001. – № 29. – Ст. 137; Положення про порядок емісії платіжних карток і здійснення операцій з їх застосуванням, затверджене постановою Правління НБУ від 21 серпня 2001 р. № 367; постанова Правління НБУ від 24 лютого 1997 р. № 37 «Про провадження пластикових карток міжнародних платіжних систем у розрахунках за товари, надані послуги та при видачі готівки» та ін.

рученням 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). Наведене поняття дозволяє зробити висновок, що розрахункам із застосуванням платіжних доручень притаманні наступні ознаки: переказ здійснюється за рахунок коштів платника; 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 ч. 2 ст. 1089 ЦК поширюються на фізичних осіб, які використовують платіжні доручення в разі перерахування коштів зі своїх поточних та вкладних (депозитних) рахунків згідно з режимом використання цих рахунків, що встановлені нормативно-правовими актами НБУ з питань порядку відкриття та використання рахунків, без будь-яких підтвердних документів. Якщо фізична особа не має рахунку в банку, то розрахунки з нею платник може здійснювати, перераховуючи кошти за платіжним дорученням на повідомлений цією особою відповідний рахунок у банку, який здійснюватиме виплату цих коштів готівкою.

Зміст платіжного доручення та поданих разом з ним розрахункових документів та їх форма повинні 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.

Згідно із 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 іншій установі – члену платіжної системи, що його обслуговує, здійснити переказ визначеної в ньому суми грошей зі свого рахунка на рахунок отримувача. Згідно з Інструкцією під *платіжним дорученням* розуміють – розрахунковий документ, що містить письмове доручення платника обслуговуючому банку про списання зі свого рахунка зазначеної суми коштів та її перерахування на рахунок отримувача. Можна зробити висновок, що ці поняття тотожні, але поняття, яке міститься в Інструкції, є більш конкретизованим. Так, наприклад, з першого поняття можна зробити висновок, що доручення платник може надати у будь-якій формі, у тому числі й в усній. Друге поняття конкретизує його і вимагає від платника письмового доручення банку. Це не суперечить ЦК (ч. 1 ст. 1090). Однак платник може надавати доручення

про списання коштів зі свого рахунка у формі електронного розрахункового документа, якщо це передбачено договором. Платіжні доручення застосовуються в розрахунках за товарними і нетоварними платежами:

– за фактично відвантажену або продану продукцію (виконані роботи, надані послуги тощо);

– у порядку попередньої оплати – якщо такий порядок розрахунків встановлено законодавством України та (або) обумовлено в договорі;

– для завершення розрахунків за актами звірки взаємної заборгованості, які складені не пізніше строку, встановленого законодавством України;

– для перерахування юридичними особами сум, які належать фізичним особам (заробітна плата, пенсії тощо), на їх рахунки, відкриті в банках;

– для сплати податків і зборів/страхових внесків (обов'язкових платежів) до бюджетів та (або) державних цільових фондів;

– в інших випадках відповідно до укладених договорів та (або) законодавства України.

Банк перевіряє заповнення реквізитів на відповідність вимогам Інструкції лише за зовнішніми ознаками. Однак він не має права робити виправлення у платіжному дорученні клієнта, якщо інше не встановлено законом або банківськими правилами (ч. 2 ст. 1090 ЦК).

Платіжне доручення платника приймається банком до виконання за умови, що сума цього доручення не перевищує суми грошових коштів на рахунку платника, якщо інше не встановлено договором між платником і банком (чч. 2, 3 ст. 1090 ЦК).

Виконання доручення полягає у переказі банком грошової суми з рахунка отримувача коштів через його банк. Як правило, учасниками розрахунків платіжними дорученнями є банк платника й банк отримувача. Однак банк платника має право залучити інший банк (виконуючий банк) для виконання переказу грошових коштів на рахунок, визначений у дорученні клієнта (ч. 2 ст. 1091 ЦК). Така необхідність може виникнути внаслідок відсутності кореспондентських відносин між банком платника та банком отримувача. Переведення грошей є прикладом абстрактного правочину, оскільки розрахунки проводяться між платником і одержувачем коштів незалежно від того, укладений чи ні між ними договір. На банку лежить також обов'язок негайно інформувати платника на його вимогу про виконання платіжного доручення. У цьому випадку він повинен оформити повідомлення про виконання ним платіжного доручення. Але такий порядок негайного інформування може бути встановлений договором, оскільки нормативними документами не передбачається.

Проведення розрахунків в іноземній валюті регламентується підзаконними нормативними актами, наприклад, Положенням про оформлення та подання клієнтами платіжних доручень в іноземній валюті,

заяв про купівлю або продаж іноземної валюти до уповноважених банків і інших фінансових установ та порядок їх виконання, затвердженим постановою правління НБУ від 5 квітня 2002 р. та ін.

Стаття 1092 ЦК передбачає відповідальність банку за невиконання або неналежне виконання платіжного доручення. Таку відповідальність банк несе відповідно до ЦК, Закону «Про платіжні системи та переказ грошей в Україні» та умов договорів.

§ 3. Розрахунки за акредитивом

Акредитивна форма розрахунків до недавнього часу використовувалась у невеликих обсягах стосовно інших форм розрахунків, наприклад, щодо розрахунків за допомогою платіжних доручень. Однак сьогодні така форма розрахунків забезпечує паритет ризиків платника та отримувача коштів. Нормативними актами, які регулюють на території України відносини, що виникають у зв'язку із використанням акредитивної форми розрахунків, є ЦК (статті 1093–1098) та Інструкція.

Стаття 1093 ЦК визначає предмет, зміст та суб'єктів зобов'язання, яке виникає при використанні акредитивної форми розрахунків. Суб'єктами акредитивного зобов'язання у широкому розумінні є платник, банк-емітент, отримувач коштів (бенефіціар) і, як правило, виконуючий банк. Бенефіціар – це особа, якій призначений платіж або на користь якої відкрито акредитив.

Акредитив – це договір, що містить зобов'язання банку-емітента, за яким цей банк за дорученням клієнта (заявника акредитива) або від свого імені за умови пред'явлення документів, які відповідають умовам акредитива, зобов'язаний виконати платіж на користь бенефіціара або доручає іншому (виконуючому) банку здійснити цей платіж (п. 1.4 Інструкції) Умови та порядок проведення розрахунків за акредитивами передбачаються в договорі між бенефіціаром і заявником акредитива та не повинні суперечити законодавству України, у тому числі нормативно-правовим актам НБУ. Якщо це передбачено в тексті договору, то розрахунки за акредитивами регулюються Уніфікованими правилами та звичаями для документарних акредитивів (у редакції 1993 р.) у частині, що не суперечить законодавству України, у тому числі нормативно-правовим актам НБУ. У разі розрахунків за акредитивом банк (банк-емітент) за дорученням клієнта (платника) – заявника акредитива і відповідно до його вказівок або від свого імені зобов'язується провести платіж на умовах, визначених акредитивом, або доручає іншому (виконуючому) банку здійснити цей платіж на користь одержувача грошових коштів або визначеної ним особи – бенефіціара. За операціями за акредитивами всі заінтересовані сторони мають справу лише з документами, а не з товарами,

послугами або іншими видами виконання зобов'язань, з якими можуть бути пов'язані ці документи.

Банк-емітент може відкривати такі види акредитивів (ч. 2 ст. 1093 ЦК):

– *покритий* – акредитив, для здійснення платежів, за якими 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* – акредитив, оплата за яким (якщо тимчасово немає коштів на рахунку платника) гарантується банком-емітентом за рахунок банківського кредиту.

Акредитив може бути *відкличним* або *безвідкличним*. Це зазначається на кожному акредитиві. Якщо немає такої позначки, то він вважається безвідкличним.

Згідно із ст. 1094 ЦК відкличний акредитив може бути змінений або анульований банком-емітентом у будь-який час без попереднього повідомлення одержувача грошових коштів, наприклад, у разі недотримання умов, передбачених договором, дострокової відмови банку-емітента від гарантування платежів за акредитивом. Відкликання акредитива не створює зобов'язань банку-емітента перед одержувачем грошових коштів. Виконуючий банк повинен здійснити платіж або інші операції за відкличним акредитивом, якщо до моменту їх здійснення ним не одержано повідомлення про зміну умов або анулювання акредитива. Усі розпорядження про 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 має права приймати розпорядження безпосередньо від заявника акредитива, за винятком, якщо банк-емітент є виконуючим банком. Якщо останній не є банком-емітентом, то зміна умов відкличного акредитива або його анулювання відбуваються лише після отримання від виконуючого банку відповідного повідомлення, яким підтверджується те, що до часу зміни умов або анулювання акредитива документи за ним не були подані. Документи за акредитивом, що відповідають умовам акредитива та подані бенефіціаром й прийняті виконуючим банком до отримання останнім повідомлення про зміну умов або анулювання акредитива, підлягають оплаті. У разі здійснення виконуючим банком платежу до отримання повідомлення про зміну 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.

Безвідкличний акредитив – це акредитив, який може бути анульований або умови якого можуть бути змінені лише за згодою на це бенефіціара, на користь якого він був відкритий. Згідно зі ст. 1095 ЦК

безвідкличний акредитив, що підтверджений виконуючим банком, може бути анульований або його умови можуть бути змінені лише за згодою на це одержувача грошових коштів. Безвідкличний акредитив – це зобов'язання банку-емітента сплатити кошти в порядку та в строки, визначені умовами акредитива, якщо документи, що передбачені ним, подано до банку, зазначеному в акредитиві, або банку-емітента та дотримані строки й умови акредитива. Умови останнього є чинними для бенефіціара, поки він не повідомить про згоду на внесення змін до нього того банку, який авізував ці зміни. Бенефіціар має письмово повідомити про погодження або відмову щодо внесення змін. Причому прийняття часткових змін не дозволяється, але бенефіціар може достроково відмовитися від використання акредитива.

Підставою для відкриття акредитива є заява клієнта про його відкриття, яка подається до банку. Заява має містити умови акредитива, але лише такі, які банк може перевірити документально. Форма заяви передбачена Інструкцією і всі реквізити є обов'язковими, тобто, якщо немає одного з них, то акредитив не відкривається і заява повертається заявнику без виконання. Якщо ж, навпаки, перелік документів не вміщується на бланку заяви, то заявник подає його окремим додатком, який підписується уповноваженими особами та скріплюється відбитком печатки заявника акредитива. Банк-емітент, прийнявши заяву, визначає спосіб виконання акредитива та інформує виконуючий (авізуючий) банк про відкриття акредитива шляхом надсилання йому електронною поштою (електронне повідомлення) або іншими засобами зв'язку, що передбачені договорами між банками, заяви або повідомлення не пізніше наступного робочого дня після отримання заяви від клієнта. У повідомленні мають чітко зазначатися номер акредитива, усі його умови, спосіб платежу, місце виконання та строк дії акредитива, а також повноваження авізуючого банку щодо виду операції за акредитивом. Виконуючий (авізуючий) банк про відкриття та умови акредитива повідомляє бенефіціара (авізує акредитив) протягом десяти робочих днів з дня отримання повідомлення від банку-емітента (авізуючого банку). Після відвантаження продукції (виконання робіт, надання послуг) бенефіціар подає виконуючому банку потрібні документи, передбачені умовами акредитива, разом з реєстром документів за акредитивом. Виконуючий банк ретельно перевіряє подані бенефіціаром документи щодо дотримання всіх умов акредитива і в разі порушення хоча б однієї з умов виплата за акредитивом не проводиться, про що інформується бенефіціар і надсилається повідомлення до банку-емітента для отримання згоди на оплату документів з розбіжностями. Якщо відповіді не буде отримано протягом семи робочих днів після того, як повідомлення відправлено, або якщо надійшла негативна відповідь, виконуючий банк повертає бенефіціару всі документи за акредитивом, письмово вказавши причини їх повернення і засвідчивши цей запис підписами відповідального виконавця і контролера та відбитком штампа банку.

Якщо виконуючий банк необґрунтовано відмовляє у виплаті коштів за акредитивом або за рахунок заброньованих коштів оплатив документи з розбіжностями без повідомлення банку-емітента та отримання відповідних повноважень, то виконуючий банк несе відповідальність перед банком-емітентом. У всіх акредитивах обов'язково має передбачатися дата закінчення строку і місце подання документів для платежу.

Статтею 1098 ЦК встановлюються підстави для закриття акредитива, перелік яких є вичерпним. Акредитив може бути закритий у зв'язку зі спливом терміну його дії у виконуючому банку; до закінчення терміну за заявою одержувача коштів від використання акредитиву, якщо така можливість передбачена умовами акредитива; за вимогою платника причому як повністю, так і частково, якщо таке відкликання передбачене умовами акредитива.

На виконуючий банк покладено обов'язок, встановлений ст. 1098 ЦК, повідомити банк-емітент про закриття акредитива, а останній повинен повідомити платника. Повідомлення надсилається електронною поштою або іншими засобами зв'язку, передбаченими договором між банками.

Після отримання повідомлення про закриття акредитива банк-емітент списує потрібну суму з відповідного позабалансового рахунка, призначеного для обліку акредитивів.

Акредитив, кошти за яким заброньовані в банку-емітенті, закривається ним після закінчення строку, зазначеного в акредитиві, з урахуванням нормативного строку проходження документів спецзв'язком від виконуючого банку до банку-емітента або після отримання від виконуючого банку підтвердження про невиконання акредитива.

У кінці операційного дня кошти списуються з аналітичного рахунка «Розрахунки за акредитивами» та перераховуються в банк-емітент на рахунок, з якого вони надійшли. Банк-емітент зараховує одержані кошти на рахунок заявника акредитива.

§ 4. Розрахунки за інкасовими дорученнями

Інкасо (англ. «*collection*», фр. «*encaissement*») є однією із найстаріших банківських операцій. На відміну від розрахунків за акредитивом, при використанні сторонами за договором розрахунків у формі інкасо уповноважена на отримання платежу сторона (продавець), виконавши зобов'язання за договором, доручає банку отримати платіж від іншої сторони (покупця), при цьому пред'являючи для підтвердження виконаних зобов'язань відповідні документи. Що стосується поняття «інкасо», то воно надається як на законодавчому, так і на доктринальному рівнях. Так, згідно з Інструкцією *інкасування (інкасо)* є 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 доку-

ментів на інших умовах. 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). Надане поняття максимально наближується до міжнародних стандартів¹. Із змісту зазначеної статті випливає, що відносини, які виникають між клієнтом і банком-емітентом, відносяться до договору доручення. Однак в юридичній літературі існує інша точка зору, згідно з якою конструкція договору доручення не враховує усього комплексу правових відносин по інкасо². Раніше висловлювалась ще одна точка зору, згідно з якою розрахункові операції по інкасуванню банком коштів платника були віднесені до односторонніх правочинів³. Не можна вважати цю позицію вірною, оскільки правовідносини, які виникають між клієнтом і банком, мають договірний (двосторонній) характер і тільки при згоді банку може бути виконано доручення клієнта. При відсутності будь-якого документа чи невідповідності документів за зовнішніми ознаками інкасовому дорученню на банк покладено обов'язок негайно повідомити про це клієнта. Л. Г. Єфімова вважає інкасові операції абстрактними правочинами, незалежно від договору між платником і отримувачем коштів, за яким здійснюються розрахунки. Це пов'язано з тим, що банк-емітент, виконуючий інкасове доручення від імені свого клієнта та за його рахунок, є його представником⁴.

Отже, правову природу інкасо необхідно розглядати з двох позицій: як договір доручення і як правочин особливого роду, в якому повинні мати місце два правопринципуючі факти: з боку довірителя – це отримання вигоди від правочину, а з боку платника – отримання права власності на товар. Причому дія доручення стосовно банку припиняється виконанням інкасового доручення банком-посередником, а правовідносини між платником і довірителем за інкасо зберігаються до виникнення названого фактичного складу.

Серед загальних ознак, притаманних інкасо, слід виділити: *доручення клієнта банку отримати (інкасувати) кошти від платника чи отримати згоду виплатити гроші (акцепт платежу); виконання доручення за рахунок клієнта; виконання доручення банком-ремітентом самостійно або за допомогою інкасууючого банку.*

Суть інкасо, таким чином, полягає в тому, що інкасо – це банківська операція, в якій сторона, яка виконала свої обов'язки за догово-

¹ Уніфіковані правила по інкасо / Міжнародна торгівельна палата, Міжнародний договір від 1 січня 1979 р. № 322.

² Иванов Д. Л., Волков Л. Б., Титова Г. А. и др. Валютные отношения во внешней торговле СССР: правовые вопросы. – М., 1968. – С. 143.

³ Флейшиц Е. А. Расчетные и кредитные правоотношения. – М., 1956. – С. 56.

⁴ Ефимова Л. Г. Банковские сделки. Комментарий законодательства и арбитражной практики. – М., 2000. – С. 128.

ром, надає доручення банку отримати платіж чи акцепт векселю від іншої сторони проти пред'явлення відповідних документів.

Документи, за якими здійснюються операції за інкасо, Уніфікованими правилами поділяються на дві групи: фінансові документи (переказні векселі, прості векселі, чеки та інші подібні документи, які використовуються для отримання грошових платежів) і комерційні документи (рахунки-фактури, транспортні накладні, товаророзпорядчі чи інші документи, які не є фінансовими). У зв'язку з цим існують два види інкасо: *чисте інкасо*; *документарне інкасо*.

Перший вид – це інкасо фінансових документів, які не супроводжуються комерційними документами. Другий вид означає інкасо фінансових документів, які супроводжуються комерційними документами та інкасо комерційних документів, які не супроводжуються фінансовими документами.

Залежно від строку оплати можна виділити: *інкасо з оплатою по пред'явленні*; *інкасо з відстроченням платежу*.

Виконання інкасового доручення регламентується ст. 1100 ЦК. У першому випадку виконуючий банк повинен здійснити платіж негайно після отримання інкасового доручення. В інкасовому дорученні клієнт має дати вказівки про умови, згідно з якими документи, що передані банку, можуть бути віддані платнику. Виконуючи доручення клієнта, банк має керуватися тільки інструкціями, зафіксованими в інкасовому дорученні. У разі відмови платника від оплати (чи акцепту платежу) на виконуючий банк покладається також обов'язок негайно повідомити про це клієнта. Такий же обов'язок покладається і в разі відсутності будь-якого документа або невідповідності документів за зовнішніми ознаками інкасовому дорученню. При неусуненні зазначених недоліків банк повертає документи без виконання.

Документи подаються платникові у тій формі, в якій вони одержані, за винятком банківських відміток і написів, необхідних для оформлення інкасової операції.

Інкасо з відстроченням платежу – це платіж, при якому виконуючий банк повинен для отримання акцепту платника представити документи до акцепту негайно після отримання інкасового доручення, а вимога платежу має бути виконана не пізніше дня, вказаного в документі строку платежу.

Часткові платежі можуть бути прийняті у випадках, якщо це встановлено банківськими правилами, або за наявності в інкасовому дорученні спеціального дозволу.

Одержані (інкасовані) суми негайно передаються виконуючим банком у розпорядження банку-емітента, який повинен зарахувати ці суми на рахунок клієнта. Виконуючий банк має право відрахувати з інкасованих сум належні йому плату та відшкодування витрат та (або) видатків.

Залежно від способу зарахування грошових коштів на рахунок

клієнта можна виділити: *поштове інкасо*; *телеграфне інкасо*; *електронне інкасо*.

Якщо платіж та (або) акцепт не були отримані, виконуючий банк повинен негайно повідомити про це клієнта та запитати у нього вказівки щодо подальших дій. У разі неотримання їх у строк, встановлений банківськими правилами (а якщо він не встановлений, – в розумний строк), виконуючий банк має право повернути документи банку-емітентові (ст. 1101 ЦК).

§ 5. Розрахунки із застосуванням розрахункових чеків

Розрахунковим чеком (чеком) є документ, що містить нічим не обумовлене письмове розпорядження власника рахунка (чекодавця) банку переказати вказану у чеку грошову суму одержувачеві (чекодержателю) (ст. 1102 ЦК).

Чекодавцем може бути юридична або фізична особа, яка здійснює платіж за допомогою чека та підписує його.

Чекодержателем є юридична або фізична особа, яка є отримувачем коштів за чеком.

Згідно з ч. 2 ст. 1102 ЦК *платником за чеком* може бути лише банк, в якому чекодавець має грошові кошти на рахунку, якими він може розпоряджатися.

Чек має містити всі реквізити, передбачені банківськими правилами. Чек, в якому відсутній будь-який із реквізитів або до якого внесені виправлення, є недійсним. Він заповнюється від руки або з використанням технічних засобів. Не дозволяється внесення до нього виправлень та використання замість підпису факсиміле. Чеки виготовляються на замовлення банку Банкотно-монетним двором НБУ чи інших спеціалізованих юридичних осіб на спеціальному папері з дотриманням усіх обов'язкових вимог, передбачених Інструкцією. Чеки можуть бути у вигляді окремих бланків та зброшуровані в розрахункові чекові книжки, які є бланками суворого обліку.

Строк дії чекової книжки – один рік; чека, який видається фізичній особі для одноразового розрахунку, – три місяці з дати їх видачі. Таким чином, чеки, виписані після зазначеного строку, вважаються недійсними і до оплати не приймаються. Строк дії невикористаної чекової книжки може продовжуватися за погодженням з банком-емітентом, про що робиться відповідна відмітка на обкладинці та засвідчується підписом головного бухгалтера і відбитком штампа банку. Чек із чекової книжки пред'являється до оплати в банк чекодержателя протягом десяти календарних днів. Відкликання чека до спливу строку для його подання не допускається.

За загальним правилом, чеки використовуються в безготівкових розрахунках з метою скорочення розрахунків готівкою за отримані товари (виконані роботи, надані послуги). Кошти з рахунка чекодав-

ця перераховуються на рахунок отримувача. Але існує виняток для фізичних осіб, які можуть обмінювати чек на готівку або отримувати здачу із суми чека готівкою (але не більше ніж 20 відсотків від суми цього чека). Юридичним особам взагалі не дозволяється здійснювати обмін чека на готівку, а також отримування готівкою здачі із суми чека.

Чек оплачується за рахунок грошових коштів чекодавця. Чекову книжку на ім'я чекодавця (фізичної особи) банк-емітент видає на суму, що не перевищує залишок коштів на рахунку чекодавця. Порядок та умови бронювання грошових коштів на рахунку для розрахунків із застосуванням чеків встановлюються банківськими правилами.

Платник за чеком повинен пересвідчитися усіма можливими способами у його справжності, а також у тому, що пред'явник чека є уповноваженою особою. Забороняється передавання чека (чекової книжки) його власником будь-якій іншій юридичній або фізичній особі, а також підписання незаповнених бланків чека і проставлення на них відбитка печатки юридичними особами. Однак за бажанням фізичної особи чек може виписуватися на ім'я іншої особи, яка стає його власником. Видача чеків на пред'явника не проводиться.

Чекодавець, якому видана чекова книжка (чек), відповідає за неправильне використання чеків, за збитки в разі передавання їх іншій особі, втрати або крадіжки, а також через зловживання осіб, уповноважених на підписання чеків. У разі втрати чекової книжки (чека) чекодавець має подати до банку-емітента заяву із зазначенням номерів невикористаних чеків.

При відмові банку-емітента оплатити чек чекодержатель має право звернутися з позовом до суду. Однак з цього правила є винятки, а саме, банк-емітент може відмовитися від оплати чека, якщо:

- чек або реєстр чеків заповнено з порушеннями вимог Інструкції або є виправлення, замість підпису стоїть факсиміле;
- чек виписаний чекодавцем на суму, більшу, ніж заброньована.

У разі порушення клієнтом порядку розрахунків чеками банк може позбавити його права користуватися цим платіжним інструментом, якщо це передбачено умовами договору про розрахунково-касове обслуговування.

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. Зокрема, не існує обмеження кола осіб, які одночасно можуть їх використовувати. До того ж майнові права на результати творчої діяльності обмежені у часі та просторі.

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 інститут 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 гл. 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 інтелектуальної власності.

Відповідно до ст. 1107 ЦК існують такі види договорів стосовно 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.

Цей перелік не є вичерпним, оскільки законодавчо не можна пере-

дбачити все різнобарв'я договірних відносин у сфері інтелектуальної власності.

Насамперед 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 з ліцензійним договором як різновид договорів щодо розпоряджання майновими правами інтелектуальної власності. Доцільніше було б ліцензії і ліцензійний договір регулювати спільно.

Коли йдеться про речі, то їх власник має повноваження по володінню, користуванню і розпорядженню. Стосовно відносних правовідносин реалізація цих 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 та позички).

Якщо провести аналогію стосовно об'єктів права інтелектуальної власності, то у першому випадку, коли відбувається зміна правовласника, йдеться про укладення договору про передання виключних майнових прав інтелектуальної власності, а у другому, коли надається право використання, – ліцензійного договору. Тому видається недоречною точка зору, що винахід може бути предметом договору купівлі-продажу¹.

Той факт, що ЦК розширив предмет договорів купівлі-продажу, дарування та найму (оренди) майновими правами, зовсім не свідчить про віднесення сюди прав на результати творчої діяльності. При проведенні розмежування між зазначеними договорами, з однієї сторони, і договором про передання виключних майнових прав інтелектуальної власності та ліцензійним договором, з іншої, необхідно враховувати сферу застосування цих договорів. Договір про передання виключних майнових прав інтелектуальної власності та ліцензійний договір є правовою формою реалізації прав інтелектуальної власності. У зв'язку з цим доречно зазначити, що предметом договорів купівлі-продажу, дарування та найму (оренди) можуть бути майнові права, за винятком майнових прав інтелектуальної власності.

Із наведеного аналізу вбачається, що у сфері інтелектуальної власності не проводиться розмежування договорів на самостійні види залежно від того, чи відповідає обов'язку однієї сторони вчинити певну дію зустрічний обов'язок іншої сторони щодо надання матеріального або іншого блага. Тобто, якщо, наприклад, договори купівлі-продажу

¹ Цивільне право України: Підруч. Кн. 2 / За ред. О. В. Дзери, Н. С. Кузнецової. – К.: Юрінком Інтер, 2002. – С. 253.

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.

У назві, обраній для цієї групи договорів, йдеться про **розпорядження**, 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.

Крім перерахованих, у цю групу 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 даному випадку йдеться насамперед про створення результату творчої діяльності, то цей договір не 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. Ймовірно, що саме на цю обставину було зроблено акцент.

Враховуючи вищенаведене і невичерпний перелік зазначених договорів, видається, що доречніше було поєднати глави 75 і 76 ЦК та назвати *«Договори в сфері інтелектуальної власності»*.

Сторони договорів щодо розпорядження майновими правами інтелектуальної власності.

Суб'єктами правовідносин, що виникають стосовно результатів творчої діяльності, можуть бути як фізичні, так і юридичні особи. Оскільки йдеться про наділення іншої особи правами щодо об'єкта права інтелектуальної власності, то однією з сторін договору повинна бути особа, яка має майнові права на результат творчої діяльності. Зазвичай це автор, власник охоронного документа чи їх правонаступники.

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 (пп. 6, 7 ст. 28 Закону «Про охорону прав на винаходи і корисні моделі»¹).

¹ Закон України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо правової охорони інтелектуальної власності» від 22 травня 2003 р. // Офіційний вісник України. – 2003. – № 25. – Ст. 1173.

Форма договорів щодо розпоряджання майновими правами інтелектуальної власності та їх державна реєстрація.

Договори щодо розпоряджання майновими правами інтелектуальної власності повинні 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 «Про авторське право і суміжні права» в усній формі може укладатись договір про використання (опублікування) твору в періодичних виданнях (газетах, журналах тощо)¹.

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. Тобто 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. Пояснюється це тим, що відповідно до ч. 2 ст. 1114 ЦК факт передання виключних майнових прав інтелектуальної власності, які відповідно до ЦК або іншого закону є чинними після їх державної реєстрації, підлягає державній реєстрації.

¹ Офіційний вісник України. – 2001. – № 32. – Ст. 1450. Закон діє в редакції від 11 липня 2001 р.

Такий підхід є цілком виправданим. Оскільки усі 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 «Про авторське право і суміжні права»).

Таким чином, договір про передання виключних майнових прав інтелектуальної власності стосовно запатентованих об'єктів підлягає обов'язковій державній реєстрації, а щодо об'єктів авторського права вона є факультативною.

§ 2. Ліцензія на використання об'єкта права інтелектуальної власності

Одним з 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. Дане 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 на винахід, корисну модель, промисловий зразок, торговельну марку, компонування інтегральної мікросхеми, сорт рослин.

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 або об'єкт авторського права.

За **обсягом прав, що надаються**, розрізняють обмежені й повні ліцензії. ЦК закріплює три види **обмежених ліцензій**: виключна, одينية, невиключна (ч. 3 ст. 1108 ЦК). Ця відмінність проводиться у залежності від того, в якій мірі 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 чи особи, яка має майнові права на об'єкт авторського права, ні за змістом, ні за обсягом не зменшуються. У цивілістичній літературі невиключну ліцензію ще називають простою.

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 ліцензіатів не буде перешкоджати її нормальній реалізації. Крім того, декілька ліцензіатів швидше освоює ринок. Однак слід мати на увазі, що значна перевага невиключних ліцензій свідчить про слабко розвинену економіку, про недостатню конкуренцію на внутрішньому ринку.

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 з патентовласником в обумовлених межах може застосовувати об'єкт інтелектуальної власності лише один ліцензіат, у юридичній літературі такий вид ліцензії називають одноособовим.

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 у 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.

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 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 усі права на використання об'єкта інтелектуальної власності протягом всього терміну її дії. У даному випадку ліцензія видається без будь-яких обмежень, тобто ліцензіат фактично займає місце ліцензіара протягом 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.

У залежності 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.

Межі прав, що надаються за субліцензією, обмежуються умовами основної ліцензії. Ліцензіат повинен покласти на субліцензіата такі ж обов'язки, які взяв на себе (наприклад, стосовно 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 охоронним документом, не можуть бути реалізовані без отримання ліцензії на прототип¹, що охороняється іншим патентом. У свою чер-

¹ Прототипом у патентному праві називають об'єкт техніки (пристрій, речовину або спосіб), найбільш близький за кількістю ознак, які збігаються, з об'єктом заявки, на захист якого вона подана.

гу власник останнього заінтересований у набутті права використання більш досконалих рішень. Тому в цій ситуації обмін ліцензіями є найбільш доцільним способом реалізації прав.

Зворотню називається ліцензія, яка надає ліцензіару право на використання результату творчої діяльності, розробленого ліцензіатом на підставі отриманих від ліцензіара знань в 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 охоронного документа 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 носити лише невключний характер.

Законодавство України надає патентовласнику право на відкликання відкритої ліцензії, якщо ні від кого не надійшло пропозицій стосовно використання об'єкта. У цьому разі річний збір за підтримання чинності патента 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) заінтересованій 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 носять 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 іншого 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 з 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 як положення 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 дає загальні положення стосовно всіх об'єктів інтелектуальної власності, а особливості зазначаються у спеціальних нормативних актах.

Правова характеристика договору: реальний, двосторонній, оплатний чи безоплатний.

У випадку укладення ліцензійного договору відбувається добровільне звуження прав володільця виключних майнових прав інтелектуальної власності, оскільки розширюється коло осіб, які можуть використовувати належний йому результат творчої діяльності. Тобто, 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, твір науки, літератури чи мистецтва.

Таким чином, договір на використання запатентованих об'єктів інтелектуальної власності чи об'єктів авторського права за своєю природою є ліцензійним договором.

Сторонами ліцензійного договору є ліцензіар і ліцензіат.

Ліцензіар – це особа, якій належать виключні майнові права інтелектуальної власності (особа, яка має майнові авторські права, чи власник охоронного документа на винахід, корисну модель, промисловий зразок, торговельну марку, компонування інтегральної мікросхеми, сорт рослин).

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, ч. 2 ст. 1111 ЦК).

З урахуванням природи ліцензійного договору, законодавство передбачає, що у **ліцензійному договорі визначаються**: вид ліцензії; сфера використання об'єкта права інтелектуальної власності (кон-

кретні права, що надаються за договором, способи використання зазначеного об'єкта, територія та строк, на які надаються права, тощо); розмір, порядок і строки виплати винагорода за використання об'єкта права інтелектуальної власності; 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 (чч. 3, 8 ст. 1109 ЦК).

Коли ліцензійний договір укладається стосовно торговельної марки, то він повинен 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 від 15 грудня 1993 р. «Про охорону прав на знаки для товарів і послуг»¹). Ця норма спрямована на захист прав споживача, для якого торговельна марка слугує насамперед гарантією певної якості товару.

Однак навіть у випадку відсутності певних із зазначених в ч. 3 ст. 1109 ЦК умов договір вважається укладеним.

Так, якщо у договорі не зазначено **вид ліцензії**, то вважається, що за ліцензійним договором надається невиключна ліцензія (ч. 4 ст. 1109 ЦК). До того ж права на використання об'єкта права інтелектуальної власності та способи його використання, які не визначені у договорі, вважаються такими, що не надані ліцензіату.

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).

Законодавство передбачає, що ліцензійний договір укладається на строк, встановлений договором, який повинен закінчуватися 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, останній 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 його розірвання, якщо більший строк для повідомлення не встановлений за домовленістю сторін (чч. 1, 3 ст. 1110 ЦК).

Положення ЦК закріплюють, що ліцензіар може відмовитися від ліцензійного договору в разі порушення ліцензіатом встановленого

¹ Відомості Верховної Ради України . – 1994. – № 7. – Ст. 36.

договором терміну початку використання об'єкта права інтелектуальної власності (ч. 2 ст. 1110 ЦК).

Умовами ліцензійного договору може бути надано право ліцензіату укладати **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 (ч. 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).

Для полегшення узгодження умов договору законодавством України передбачається можливість затвердження уповноваженими відомствами або творчими спілками типового ліцензійного договору (ст. 1111 ЦК).

§ 4. Договір про передання виключних майнових прав інтелектуальної власності

Договір про передання 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 передання 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 передання виключних майнових прав інтелектуальної власності не впливає на ліцензійні договори, які були укладені раніше.

Якщо проводити розмежування між видачею ліцензії і укладенням договору про передання 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 знов переходять до володільця охоронного документа. Слід також враховувати, що дозвіл може бути достроково припинений. Крім того, у випадку пере-

дачі 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 слугувати підставою припинення її дії, якщо це обумовлено при її видачі.

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 передавання 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 права.

Законодавчо передбачені певні умови, дотримання яких є обов'язковим при укладенні договору про передавання виключних майнових прав інтелектуальної власності. Ці обмеження принципу свободи договору спрямовані на захист прав та інтересів правоволодільців та споживачів.

Зокрема, умови договору про передавання виключних майнових прав інтелектуальної власності, що погіршують становище творця відповідного об'єкта або його спадкоємців порівняно з 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 авторським 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 «Про авторське право і суміжні права»).

Коли йдеться про 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 «Про охорону прав на знаки для товарів і послуг»).

У разі опублікування відомостей про передачу права власності на торговельну марку стосовно частини зазначених у свідоцтві товарів і послуг Державний департамент інтелектуальної власності видає нове свідоцтво на ім'я особи, якій передане це право, за наявності документа про сплату державного мита за видачу свідоцтва.

§ 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 установлений строк (ч. 1 ст. 1112 ЦК).

Правова характеристика договору: консенсуальний, двосторонній, оплатний чи безоплатний.

Оскільки йдеться 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 розпорядження майновими правами інтелектуальної власності, оскільки спочатку необхідно створити результат творчої діяльності. У зв'язку з цим інколи постає 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 не йдеться про відчуження майнових прав. Тому сам по собі факт укладення такого договору зовсім не свідчить про виникнення майнових прав у замовника чи творця у момент його укладення. 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 передбачити інший механізм розподілу прав на нажите в майбутньому майно. У цьому випадку при розділі майна буде застосовуватися не норма Сімейного кодексу України, а погоджений особами, що вступають у шлюб, порядок розподілу прав. І таких аналогів можна наводити багато.

Таким чином, положення актів цивільного законодавства в силу їх диспозитивності надають право сторонам самостійно встановлювати правила, за якими у наступному 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 з цього положення є розподіл прав на твір образотворчого мистецтва. У цьому випадку оригінал твору, створеного за замовленням, переходить у влас-

ність 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.

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 на практиці учасники цивільних відносин укладають й інші договори.

Договір про передачу ноу-хау¹ – це договір, за яким прав власник передає заінтересованим особам право на використання повністю або частково конфіденційних знань, що включають відомості технічного, виробничого, адміністративного, фінансового характеру, використання яких забезпечує певні переваги особі, яка їх одержала.

Основна відмінність договору про передачу ноу-хау від ліцензійного договору полягає в тому, що для ліцензійного договору достатньо надати дозвіл на використання об'єкта інтелектуальної власності, а за договором про передачу ноу-хау необхідно виконати активні дії – розкрити певні знання, що зберігаються в режимі секретності. Тобто розмежування проводиться за об'єктом. Ліцензійний договір укладається стосовно зареєстрованих результатів творчої діяльності (винахід, корисна модель, промисловий зразок, торговельна марка, компонування інтегральної мікросхеми, сорт рослин) чи об'єктів авторського права, а договір про передачу ноу-хау – стосовно секретної ін-

¹ **Ноу-хау** (англ. know-how – знаю як) – повністю або частково конфіденційні знання, що включають відомості технічного, виробничого, адміністративного, фінансового характеру, використання яких забезпечує певні переваги особі, що їх одержала (Право інтелектуальної власності: Підруч. для студентів вищих навч. закладів / За ред. О. А. Підпригори, О. Д. Святоцького. – К.: Видавничий Дім «Ін Юре», 2002. – С. 596).

формації¹. Досить часто ці відомості при бажанні могли б бути запатентовані (наприклад, як винахід чи корисна модель), однак в кожній конкретній ситуації правовласник вирішує чи розкрити ці знання суспільству і отримати охоронний документ, чи доцільніше залишити їх в режимі секретності. Досить наглядним є приклад секрету приготування напою кока-коли. Якби ці відомості свого часу були запатентовані як винахід, то зараз вони були б суспільним надбанням і будь-яка заінтересована особа змогла б їх вільно використовувати. У той же час у випадку залишення відомостей в режимі секретності існує постійна загроза їх припинення у зв'язку з можливістю паралельного винахідництва чи розкриттям іншими особами.

Оскільки предметом договору про передачу ноу-хау є секретні знання, то у зв'язку з цим однією з обов'язкових його умов є дотримання конфіденційності отриманих знань.

Особливість предмета обумовлює специфіку процесу укладення договору про передачу ноу-хау, оскільки, з одного боку, заінтересована особа має розуміти, стосовно яких відомостей вона набуде прав, щоб вирішити питання, чи потрібні вони їй, а з іншого – існує ймовірність розкриття змісту ноу-хау ще на стадії переговорів. Тому в цьому випадку доречно скористатися конструкцією попереднього договору. На практиці стосовно зазначених відносин він отримав назву опціонаного. У ньому передбачається, яка частина інформації буде розкрита для вирішення потенційним контрагентом питання про доцільність укладення договору про передачу ноу-хау і плата за цю частину відомостей. У випадку позитивного рішення і укладення договору про передачу ноу-хау плата за попереднім договором зараховується в рахунок платежів за основним договором.

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 укладання договору; *по-друге*, укладати договори з заінтересованими особами про використання прав, переданих в управління; *по-третє*, збирати, розподіляти і виплачувати зібрану винагороду за використання об'єктів авторського права чи

¹ На практиці досить часто укладають змішані договори, у яких поряд з наданням ліцензії на використання об'єкта права інтелектуальної власності передається і ноу-хау. Пояснюється це, зокрема, тим, що патентовласник має певні знання, які полегшують реалізацію наданого дозволу.

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, в 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 «Про авторське право і суміжні права»).

Договір про порядок розподілу прав на службові об'єкти інтелектуальної власності – це цивільно-правовий договір, що укласться 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 якої він працює, спільно.

Аналогічне правило застосовується і при розподілі права інтелектуальної власності на об'єкт, створений за замовленням. Як уже зазначалось, 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 укласти й **інші договори** стосовно об'єктів інтелектуальної власності. Головне, щоб їх умови не суперечили нормативним приписам актів цивільного законодавства України.

Глава 60. ДОГОВІР КОМЕРЦІЙНОЇ КОНЦЕСІЇ

§ 1. Загальна характеристика договору комерційної концесії

Поняття та правова характеристика договору

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 рр. ХХ ст. і спочатку розглядалася як різновид договору про виключний продаж товарів¹.

Що стосується термінології, то варто зробити застереження, що договір комерційної концесії і договір концесії² – це дві самостійні цивільно-правові конструкції.

На сьогоднішній день сфера застосування комерційної концесії охоплює різноманітні види бізнесу. За цією схемою в Україні працюють, зокрема «Макдональдс», «Піца-хат», «Білла», «1С», «Лукойл-Україна», «ГНК-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, спрямоване 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 гл. 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, 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.

¹ Брагинский М. И., Витрянский В. В. Договорное право. Книга третья: Договоры о выполнении работ и оказании услуг. – М.: Статут, 2002. – С. 960.

² **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 (Закон України «Про концесії» від 16 липня 1999 р. // Відомості Верховної Ради. – 1999. – № 41. – Ст. 372).

Таким чином, в укладенні договору комерційної концесії заінтересовані обидві сторони. Перевагами для правоволодільця є можливість у досить стислі строки створити розгалужену мережу бізнесу, здійснювати своєрідну рекламу без особливих зайвих капіталовкладень, додатково отримувати прибутки при відсутності безпосереднього ризику підприємницької діяльності. Користувач у свою чергу має можливість не розпочинати з нуля при освоєнні й 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.

Предмет договору комерційної концесії

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 правоволодільець бере на себе обов'язок надавати користувачеві комерційну, технічну і 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 і в 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.

Правоволодільець – виробник товарів (робіт, послуг), який використовує належні йому права в підприємницькій діяльності, має комерційний досвід і ділову репутацію та заінтересований в розширенні свого бізнесу.

Користувач – юридична або фізична особа, зареєстрована як суб'єкт підприємницької діяльності, яка має намір скористатися комплексом прав правоволодільця.

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 – правоволодільцем 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 в 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 посилатися 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 правоволодільця. Якщо правоволодільець 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 іншого, – ще до реєстрації договору надає можливість сторонам почати проведення необхідної підготовчої роботи вже на підставі укладеного договору¹.

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 правоволодільця, оскільки саме він заінтересований в наявності реєстрації договору комерційної концесії.

Укладення договору без реєстрації означає, що правоволодільець 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 посилатися на договір комерційної концесії і відповідно на той факт, що під його комерційним найменуванням чи з використанням його торговельної марки господарює користувач. Тобто при відсутності реєстрації правочину правоволодільець 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 правоволодільця.

Пояснити значення зазначеної реєстрації можна хіба що тим, що будь-яка заінтересована особа, звернувшись до реєстру, зможе встановити, що під певним комерційним найменуванням може виступати інша особа при виготовленні товарів, виконанні робіт чи наданні послуг.

¹ Цивільне право України. Академічний курс: Підруч. У 2-х т. / За заг. ред. Я. М. Шевченко. – Т. 2. Особлива частина. – Київ: Концерн «Видавничий дім «Ін Юре», 2003. – С. 282–283; Цивільний кодекс України: Коментар. – Харків: ТОВ «Одіссей», 2003. – С. 729.

§ 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 праволодільця шляхом включення користувача як ланки в мережі виробництва і збуту товарів праволодільця (підприємницької діяльності останнього).

Обов'язки праволодільця можна поділити на обов'язкові і факультативні.

Перша група обов'язків випливає з природи договору і без їх виконання користувач не зможе скористатися наданим за договором правом, а тому вони покладаються на праволодільця в силу факту укладення договору комерційної концесії. Так, праволодільець зобов'язаний передати користувачеві технічну та комерційну документацію і надати іншу інформацію, необхідну для здійснення прав, наданих йому за договором комерційної концесії, а також проінформувати 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 має 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 праволодільця, якщо вони не виключені умовами договору. Так, якщо інше не обумовлено сторонами, праволодільець 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 праволодільцем, а й з третіми особами. При цьому слід зазначити, що хоча обов'язки користувача законодавчо визначені (ст. 1121 ЦК), однак в кожній конкретній ситуації вони обумовлені характером та особливостями діяльності, що здійснюється останнім за договором комерційної концесії.

По-перше, користувач зобов'язаний використовувати торговельну марку та інші позначення праволодільця визначеним у договорі способом.

Можна виділити дві складові зазначеного обов'язку. З одного боку, оскільки користувач є ланкою в мережі підприємницької діяльності праволодільця, то він зобов'язаний використовувати засоби індивідуалізації праволодільця при виробництві товарів, виконанні

робіт чи наданні послуг, обумовлених в 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 в свою чергу є однією зі складових елементів виробничого чи збутового бізнесу праволодільця і своєрідною рекламою діяльності останнього.

З іншого боку, користувач не повинен виходити за межі наданих прав, зокрема, використовувати торговельну марку та інші позначення праволодільця в порядку і способами, передбаченими договором. Наприклад, користувач як самостійний суб'єкт може займатися не обумовленими в договорі комерційної концесії видами діяльності, однак щоб не завдати шкоди діловій репутації праволодільця засоби індивідуалізації останнього він може використовувати лише стосовно зазначених в 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) праволодільцем.

Безумовно, цей обов'язок спрямований на захист прав споживачів і ділової репутації праволодільця. Споживач має бути впевнений у наявності відповідної якості товару, робіт чи послуг, що виготовляються, виконуються чи надаються з використанням засобів індивідуалізації праволодільця. В іншому випадку неналежна якість результатів діяльності користувача може негативно вплинути на ділову репутацію праволодільця. Тому останній має право і за загальним правилом обов'язок контролювати якість результатів діяльності користувача.

По-третє, користувач зобов'язаний дотримуватися інструкцій та вказівок праволодільця, спрямованих на забезпечення відповідності характеру, способів та умов використання комплексу наданих прав використанню цих прав праволодільцем. Зазначені інструкції та вказівки можуть бути дані як при укладенні договору, так і в процесі його виконання. Їх зміст в кожній конкретній ситуації обумовлений видом діяльності та специфікою наданих прав. Вони спрямовані на дотримання одноманітності в діяльності праволодільця 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 праволодільця. Цей обов'язок реалізується у взаємовідносинах, з одного боку, користувача з третіми особами і спрямований на захист прав споживачів, які вправі розраховувати на стандартний рівень якості і обслуговування, а з другого боку, користувача і праволодільця, для якого важливо, щоб на всіх ланках його мережі був однаковий рівень обслуговування.

По-н'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 куплених 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 з суті правовідносин. Однак в договорі доречно конкретизувати, які саме відомості підпадають під режим секретності і які міри з цією метою необхідно застосовувати.

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 невинуватого конкурування сторін і спричинення цим збитків.

Ці обмеження можуть бути сформульовані у вигляді додаткових обов'язків сторін, встановлених договором.

Законодавчо наведені як приклад чотири особливих умови, перша з яких стосується правоволодільця, а інші – користувача.

По-перше, правоволодільець 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, буде чи ні на обумовленій території інша ланка в мережі бізнесу правоволодільця, яка створюватиме певну конкуренцію користувачеві. Якщо провести аналогію з видами ліцензій, то доречно зазначити, що за наявності такої умови в договорі комерційної концесії йдеться про одиничну чи виключну ліцензію.

По-друге, на користувача може бути покладено обов'язок не кон-

курувати 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-третє, 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 спрямоване на забезпечення одноманітності з метою зменшення конкуренції.

Основна вимога при формулюванні вищезазначених особливих умов договору комерційної концесії – не суперечити антимонопольному законодавству¹, оскільки в цьому разі вони можуть бути визнані недійсними.

Незважаючи на те, що законодавчо наведений лише примірний 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 правоволодільець має право визначати ціну товару (робіт, послуг), передбаченого договором, або встановлювати верхню чи нижню межу цієї ціни. Звичайно, для правоволодільця зазначене законодавче обмеження не є бажаним і доцільним, тому враховуючи суть взаємовідносин за договором, сторони при здійсненні підприємницької діяльності можуть узгоджувати ціну, однак правоволодільець не зможе притягнути користувача до відповідальності за порушення цих умов договору стосовно ціни, оскільки законодавство України визнає таку умову нікчемною.

По-друге, є нікчемною умова договору, відповідно до якої користувач має право продавати товари (виконувати роботи, надавати по-

¹ Закон України «Про захист економічної конкуренції» від 11 січня 2001 р. // Відомості Верховної Ради України. – 2001. – № 12. – Ст. 64; Закон України «Про захист від недобросовісної конкуренції» від 7 червня 1996 р. зі змінами // Відомості Верховної Ради України. – 1996. – № 36. – Ст. 164.

слуги) 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 підряду, 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 субпідряду.

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 – розширенням 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 же умовах.

За загальним правилом добросовісний користувач не може бути

позбавлений зазначеного переважного права. Це означає, що праволоділець не може відмовити користувачеві в продовженні своєрідного співробітництва. Хотілося б звернути увагу, що це переважне право на укладення, а тому воно застосовується при наявності кількох претендентів на підписання договору, тобто суперництва з іншою особою. Якщо кілька осіб будуть висловлювати бажання стати контрагентами за договором комерційної концесії, то праволоділець 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 пов'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 у 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 спрямовані насамперед на підвищений захист прав споживачів. Їх наявність пояснюється тим, що споживач досить часто переконаний, що купує товар чи отримує послугу безпосередньо у праволоділця. Так як 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 одного і того ж комерційного найменування чи торговельної марки завжди відповідає певному рівню.

Однак оскільки неналежна якість продукції за договором комерційної концесії негативно впливає передусім 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 викладеним та існуючою вірогідністю ввести в оману третіх осіб стосовно реального виробника щодо виготовлених товарів, виконаних робіт чи наданих послуг за договором комерційної

концесії, за укладеними з користувачем договорами купівлі-продажу, підряду тощо, встановлена також відповідальність правоволодільця.

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 правоволодільця.

Винятком є **солідарна** відповідальність правоволодільця і настає вона за вимогами, що пред'являються до користувача як виробника продукції (товарів) правоволодільця. У цьому випадку споживач має можливість на власний вибір вирішувати, до кого заявляти вимоги – користувача чи правоволодільця.

Отже, стосовно вимог третіх осіб до користувача як виробника товарів встановлена більш суворі відповідальність правоволодільця. Обумовлена вона потребою спонукати останнього належним чином контролювати якість продукції користувача і таким чином захистити права споживачів.

§ 4. Зміна та припинення договору комерційної концесії

Зміна договору комерційної концесії

Договір комерційної концесії може бути змінений на загальних для цивільно-правових договорів підставах. Однак у відносинах з третіми особами сторони у цьому договорі 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.

Збереження чинності договору комерційної концесії у разі зміни сторін

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, врахову-

ючи специфіку предмета договору комерційної концесії, у цьому випадку досить велика ймовірність виникнення множинності осіб на боці правовласника.

Заміна сторони договору може мати місце в силу об'єктивних причин незалежно від волевиявлення осіб. Зокрема, у разі смерті правоволодільця¹ 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 або передасть свої права і обов'язки особі, яка має право займатися підприємницькою діяльністю. Наявність цього правила обумовлена 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 відбувається на підставах, передбачених загальними положеннями про зобов'язання (гл. 50 ЦК), нормами про договір комерційної концесії (ст. 1126 ЦК) чи самим договором комерційної концесії. Оскільки останній 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 у бік збільшення.

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 тяг-

¹ Оскільки до правоволодільця висуваються спеціальні вимоги (наявність прав на об'єкти інтелектуальної власності, комерційного досвіду та ділової репутації), то вірогідність 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., Витрянский В. В.* Вказ праця. – С. 983).

не ліквідацію суб'єкта, а налагоджена мережа значно підвищує вартість його бізнесу.

По-друге, договір припиняється у разі припинення права праволодільця 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 праволодільцеві плати, якщо інше не встановлено договором.

Наслідки зміни торговельної марки чи іншого позначення праволодільця

Виходячи з принципу належного виконання договору, праволодільець 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), праволодільець втрачає право на використання зазначених в 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 праволодільця. 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 праволодільця, права на використання яких входять до комплексу прав, наданих за договором комерційної концесії, користувач має можливість вибрати один з двох варіантів: 1) вимагати розірвання договору і відшкодування збитків або 2) при збереженні чинності договору щодо нового позначення праволодільця ставити питання про відповідне зменшення належної праволодільцеві плати.

Розділ XV. Зобов'язання, що виникають із спільної діяльності

Глава 61. ДОГОВІР ПРО СПІЛЬНУ ДІЯЛЬНІСТЬ

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.

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 і 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 товариства¹.

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 у поїздках і несли майнову відповідальність за пошкодження або втрату довіреного їм чужого товару. Одержаний дохід вони ділили між собою відповідно

¹ Гражданское право / Под ред. Е. А. Суханова. – 2-е изд., перераб. и доп. – М.: Изд-во «БЕК», 2002. – Т. II. – Полутом 2. – С. 304.

до внесених кожним паїв або товарів. Такі договори могли мати як епізодичний характер, так і укладатися на певний строк¹.

У проєкті Цивільного Уложення договором товариства називався правочин, за яким кілька осіб зобов'язувалися одна перед другою спільно брати участь майновими вкладами або особою працюючи в торговельному, промисловому чи іншому починанні, спрямованому на одержання прибутку (ст. 680)². Учасники такого товариства здійснювали підприємницьку діяльність без створення юридичної особи, причому участь у спільній справі могла обмежуватися тільки внесеною майновою вкладу.

У цивільному праві радянського періоду поняття зазначеного договору дещо змінюється. Законодавець вимагав від учасників договору обов'язкової особистої участі у справах підприємства. Так, ЦК УРСР 1963 р. визначав, що за договором про сумісну діяльність сторони зобов'язуються сумісно діяти для досягнення спільної 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, родильних будинків, жилих приміщень і т. п. (ч. 1 ст. 430). Для досягнення цієї мети учасники договору робили 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.

Згідно з новим ЦК за договором про спільну діяльність сторони (учасники) зобов'язуються спільно діяти без створення юридичної особи для досягнення певної мети, що не суперечить законів. При цьому спільна діяльність може здійснюватися як на основі об'єднання вкладів (просте товариство), так і 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).

¹ Большая советская энциклопедия. – 3-е изд. – М.: Изд-во «Советская энциклопедия», 1976. – Т. 23. – С. 509.

² Гражданское право / Под ред. Е. А. Суханова. – 2-е изд., перераб. и доп. – М.: Изд-во «БЕК», 2002. – Т. II. – Полутом 2. – С. 305.

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 у п. 1 Роз'яснення ВАСУ № 02-5/302 від 28 квітня 1995 р. «Про деякі питання практики вирішення спорів, пов'язаних з укладенням і виконанням договорів про спільну діяльність», підприємницька мета спільної діяльності може бути різною¹. 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 правники². 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 фідучіарним*.

В 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 в межах досягнення спільної мети.

Цей договір *консенсуальний*, оскільки визнається укладеним у момент досягнення домовленості щодо його істотних умов.

Залежно від кількості учасників договору та розподілу між ними прав та обов'язків 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 в цьому договорі взагалі місце фігури кредитора та боржника. Висловлювалася позиція, що оскільки кожна особа, будучи зобов'язаною до внесення майново-

¹ Збірник роз'яснень Вищого арбітражного суду України // Бюлетень законодавства та юридичної практики України. – 1998. – № 3. – С. 78–82.

² Чубаров В. В. Гражданское право России. Обязательственное право: Курс лекций / Отв. ред. О. Н. Садыков. – М.: Юрист, 2004. – С. 731.

го вкладу і вчинення певних дій у спільних інтересах, має право вимагати такої ж поведінки від решти контрагентів¹. 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 і, відповідно, не повинна проводити виконання безпосередньо щодо будь-якої іншої сторони². 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 мети³. Проте з іншого боку, внесення учасниками майнових вкладів, від яких в 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 безвідплатними⁴. 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 відтак, можна говорити про відплатність. Якщо ж сторони об'єднують майнові та інші зусилля для досягнення спільної невідприємницької 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)⁵. І це само по собі характеризує відплатність договору, тоді відплатним є навіть договір, що не має метою одержання прибутку, оскільки кожен з його учасників стає зо-

¹ *Иоффе О. С.* Советское гражданское право (курс лекций). – Л.: Изд-во ЛГУ, 1961. – Ч. II. – С. 454.

² *Гражданское право: Учеб.* / Под ред. А. П. Сергеева, Ю. К. Толстого. – М.: Проспект, 1998. – Ч. II. – С. 653.

³ *Иоффе О. С.* Обязательственное право. – М.: Юрид. лит., 1975. – С. 764.

⁴ *Цивільне право* / За ред. О. А. Підпригори, Д. В. Бобрової. – К.: Вентурі, 1996. – Ч. II. – С. 290.

⁵ *Гражданское право* / Под ред. Е. А. Суханова. – 2-е изд., перераб. и доп. – М.: Изд-во «БЕК», 2002. – Т. II. – Полутом 2. – С. 312.

бов'язаним виконати певні дії майнового характеру на користь інших (для досягнення спільної для них мети).

Договір про спільну діяльність є *фидуціарним договором*, бо 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 звичайно надається право виступати від імені всіх учасників, які вважають, що ніхто не зловживає своїми правами, а діятиме добросовісно. Фидуціарний характер спільної діяльності знаходить свій прояв в умовах договору, які встановлюють 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 в 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 волевиявлення¹.

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, а 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 квітня 1995 р. «Про деякі питання практики вирішення спорів, пов'язаних з укладенням і виконанням договорів про спільну діяльність»). Вклади учасників вважаються рівними за вартістю (ч. 2 ст. 1133 ЦК), якщо інше не впливає із договору або фактичних обставин. 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).

¹ Белов В. А. Гражданское право: Общая и Особенная части: Учеб. – М.: АО «Центр ЮрИнфор», 2003. – С. 833.

Слід відмітити, що договір про спільну діяльність відповідно до публічного законодавства потребує державної реєстрації¹.

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.

Глава 62. ДОГОВІР ПРОСТОГО ТОВАРИСТВА

1. Поняття та юридична природа договору простого товариства

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 правилами про укладення договорів.

Традиційно договір простого товариства відносять до *багатосто-*

¹ Про оподаткування прибутку підприємств: Закон України від 28 грудня 1994 р. // Відомості Верховної Ради України. – 1995. – № 4. – Ст. 28; Порядок ведення податкового обліку та складання податкової звітності результатів спільної діяльності на території України без створення юридичної особи: наказ ДПА України від 11 липня 1997 р. в ред. наказу від 16 січня 1998 р. // Бизнес. – 1998. – № 7; Положення про порядок державної реєстрації договорів (контрактів) про спільну інвестиційну діяльність за участю іноземного інвестора: постанова Кабінету Міністрів України від 30 січня 1997 р. № 112 // Бюлетень законодавства і юридичної практики України. – 2001. – № 7. – С. 142; Про порядок здійснення державної реєстрації договорів (контрактів) про спільну інвестиційну діяльність за участю іноземного інвестора: Інструкція, затверджена наказом МЗЕЗтор-гу 20 лютого 1997 р. № 125 // Офіційний вісник України. – 1997. – № 13. – С. 117.

ронніх 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 спільної справи, стає об'єктом їх 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 звичайно 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, прикладають 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 вчиняються 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, так як і договори про спільну діяльність, поділяються на договори, укла-

дені 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 фідучіарний 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, ділову репутацію 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, – 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 ними 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;
- спливу строку договору простого товариства;
- виділу 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.

Глава 63. ЗАСНОВНИЦЬКИЙ ДОГОВІР

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.

Згідно з новим ЦК 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)¹.

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.

В 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.

В засновницькому договорі створюваної юридичної особи вкаzuється:

- 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.

Як і договір простого товариства, засновницький договір є **консенсуальним, багатостороннім, відплатним і фідучіарним** правочином.

¹ Про засновницький договір див., також главу 7 Т. 1 цього підручника.

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, набувають 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 зміна 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 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, придбаваючи частку або частину частки, суб'єкт стає правонаступником відчужувача частки або її частин. Зміна складу учасників засновницького договору може мати місце в результаті 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 в зв'язку з досягненням мети, заради якої вона створювалася, або з закінченням строку, на який вона створювалася, а також у випадках її ліквідації за згодою учасників, або на підставі рішення суду тощо.

Розділ XVI. Недоговірні зобов'язання

Глава 64. ПУБЛІЧНА ОБІЦЯНКА ВИНАГОРОДИ

§ 1. Публічна обіцянка винагороди без оголошення конкурсу

Разом з договорами як підставами виникнення зобов'язань новий ЦК України розглядає односторонні правочини, що дозволяє врегулювати нові сфери суспільних відносин, встановити нові інститути недоговірних зобов'язань¹.

Особливістю зобов'язань із односторонніх правочинів виступає те, що для їх реалізації необхідна сукупність юридичних фактів – як подій так і дій, включаючи односторонні правочини, які 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'язання².

Як правило, для виконання певної роботи або надання послуги з виконавцем укладається договір з відповідною оплатою, встановленою домовленістю сторін. Але іноді необхідно для досягнення такого результату привернути увагу якомога більшого числа 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 в своєму роді і зіставні за якістю. Наприклад, загублену корову можна знайти або не знайти, але не можна зробити це «краще» або «гірше» і притому 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 розрізнити

¹ Недоговірні зобов'язання у проєкті Цивільного кодексу України. Кодифікація приватного (цивільного) права України / За ред. проф. А. Довгерта. – К.: Український центр правових студій, 2000. – С. 260.

² *Иоффе О. С.* Обязательственное право. – М.: Юрид. лит., 1975. – С. 779.

публічну обіцянку винагороди, побудовану як конкурс, і таку, що не є конкурсом¹.

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 вказує на певні вимоги до публічної обіцянки винагороди які дозволяють кваліфікувати її як юридично обов'язкову. Обіцянка винагороди: 1) повинна 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) мусить містити вказівку на результат, який повинен бути досягнутий. Хоча ст. 1144 ЦК не зазначає характер результату, але зрозуміло, що він носить 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 відомостей².

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.*

Умови виникнення зобов'язання

Публічна обіцянка винагороди без оголошення конкурсу є одностороннім правочином, на підставі якого особа, що заявила про винагоро-

¹ *Иоффе О. С.* Вказ. праця. – С. 783.

² *Голубева Н. Ю.* Цивільний кодекс України: Коментар. – Харків: ТОВ «Одіссей», 2003. – С. 742.

ду, 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 відтак 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 винагороди виступає в якості одностороннього умовного правочину (ст. 212 ЦК).

В цілому зобов'язання з публічної обіцянки винагороди виникає із юридичного складу двох односторонніх правочинів: публічної обіцянки винагороди 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 винагороди тому, хто надав результат, вказаний 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 у іншій формі: білет на концерт артиста, який оголосив винагороду, надання зустрічної послуги і т. п.¹

В силу 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. Коли 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 винагороди, має право встановити строк (термін) для виконання завдання (ст. 1146 ЦК). Зазначення строку свідчить про те, що особа, яка дала публічну обіцянку винагороди, пов'язана обов'язком виплати винагороди 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 винагороди, особа, яка

¹ Садигов О. Н. Комментарий к Гражданскому кодексу Российской Федерации. Часть вторая (постатейный). Изд. 3-е испр. и доп. / Руков авт. коллект. и отв. ред. д.ю.н. проф. О. Н. Садигов. – М.: Юр. фирма КОНТРАКТ; ИНФРА · М. – 1998. – С. 648.

публічно її обіцяла, має право змінити завдання та умови надання винагороди (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.

По-перше, відшкодування збитків особі, яка приступила до виконання завдання, завданих їй у зв'язку зі зміною завдання.

По-друге, відшкодування витрат, понесених особою, яка приступила до виконання завдання, але у зв'язку зі зміною умов надання винагороди завдання втратило для неї інтерес.

Окрім закінчення строку на передання результату, зобов'язання у зв'язку з публічною обіцянкою винагороди 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 (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 і особою, яка знайде річ і передасть, будуть визначатися ст. 1144 ЦК, а при 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» в 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 цілей¹. Найчастіше в цивільному праві конкурс використовується у трьох розуміннях як: 1) різновид недоговірних зобов'язань; 2) порядок укладення договору; 3) конкурсне провадження – відповідне розподілення майна боржника в разі його неплатоспроможності².

¹ Тихомирова Л. В., Тихомиров М. Ю. Юридическая энциклопедия / Под ред. М. Ю. Тихомирова. – М., 1998. – С. 207.

² Ігнатенко В. М. Конкурс в цивільному праві // Проблеми законності: Респ. міжвідом. наук. зб. / Відп. ред. В. Я. Тацій. – Харків: Нац. юрид. акад. України, 2000. – № 42. – С. 61–62.

Конкурс як різновид угодовірних 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 рішення завдання. Кінцева мета його – застосування отриманого результату на практиці, використання у виробництві тощо¹.

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. В силу ч. 3 ст. 1150 ЦК засновник конкурсу має право запросити до участі в ньому персональних учасників (закритий конкурс). Вважалося, 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 взагалі². Д. В. Боброва розглядає закритий конкурс як різновид договору замовлення. Замовлення на створення твору (проекту будови, пам'ятника) на одну й ту саму тему іноді дається кільком конкретним особам³.

Очевидно, публічність як ознака конкурсної угодов'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). В 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 повинна бути публічною, тобто зверненою до необмеженого кола осіб⁴, а інші публічність вбачають в тому, що обіцянка дається більше, ніж одній особі⁵.

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

¹ Смирнов В. Т. Конкурс в советском праве. Автореф. дис. на соиск. уч. ст. канд. юрид. наук. – М., 1962. – С. 19.

² Иоффе О. С. Вказ. праця. – С. 786.

³ Боброва Д. В. Зобов'язання, що виникають з публічного обіцяння винагороди (оголошення конкурсу) / Цивільне право: Навч. посіб. для студентів юрид. вузів та факультетів. – К.: Вентурі, 1996. – С. 301.

⁴ Смирнов В. Т. Гражданское право: Учеб. Часть II / Под. ред. А. П. Сергеева, Ю. К. Толстого. – М.: Проспект, 1997. – С. 682.

⁵ Голубева Н. Ю. Вказ. праця. – С. 743.

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 носити 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). Тобто 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 не грошовій 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 відносяться до істотних умов, але, як правило, засновником конкурсу строки визначаються.

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).

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 відповідала 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 в 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 передбаче-

ним у 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-уповноважуючим правочином. На підставі оціночного рішення із числа учасників конкурсу виокремлюється один (або кілька, якщо це встановлено умовами конкурсу) переможець конкурсу¹.

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. В силу 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 усіх 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 із 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

¹ Взагалі питання юридичної природи рішення конкурсної комісії є дискусійним в 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: Навч. посіб. для студентів юрид. вузів та факультетів. – К.: Вентурі, 1996. – С. 299). Інші зазначають, що це рішення – адміністративний акт, який породжує різні за характером і правовим значенням наслідки (Гражданское право: Учеб. Часть II / Под ред. А. П. Сергеева, Ю. К. Толстого. – М.: Проспект, 1997. – С. 685).

купівлі частки в праві власності на нерухоме майно¹. 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 ... Тобто переважне право «спрацьовує» лише при рівних умовах. 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 відмітити, 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 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).

Глава 65. ВЧИНЕННЯ ДІЙ В МАЙНОВИХ ІНТЕРЕСАХ ІНШОЇ ОСОБИ БЕЗ ЇЇ ДОРУЧЕННЯ

§ 1. Поняття зобов'язання

Зобов'язання по вчиненню дій в 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 наяв-

¹ Коментарий к Гражданскому кодексу Российской Федерации. Часть вторая. (Постатейный). Изд. 3-е испр. и доп. / Руков авт. коллект. и отв. ред. д.ю.н. проф. О. Н. Садилов. – М.: Юр. фирма КОНТРАКТ; ИНФРА · М. – 1998. – С. 657.

ності 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. У свій час на необхідність правового регулювання зазначених відносин, які являють собою гуманний акт стосовно інших членів суспільства, неодноразово звертали увагу вчені-цивілісти. Так, В. Сінайський відмічав, 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 особистості¹.

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 іншому².

Інститут ведення чужих справ за римським правом – один із видів квазі-контрактів. 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 їх майном або продажу його, або щоб вони не втрачали застави внаслідок її продажу або позову про оплату (на їх користь) штрафу, або щоб вони не позбавилися своєї речі внаслідок (чужих) неправомірних дій³.

Ч. Санфіліппе, характеризуючи 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*)⁴.

Ведення чужих справ врегульоване й в законодавстві інших країн. Так, французький Цивільний кодекс 1804 р. у ст. 1372 наступним чи-

¹ Сінайський В. И. Русское гражданское право. – Вып. 2: Обязательственное, семейное и наследственное право: Изд. 2-е, испр. и доп. – К.: Типо-литогр. «Прогресс», 1918. – С. 166.

² Годеме Е. Общая теория обязательств / пер. с фр. И.Б. Новицкого. – М.: Юриздат, 1948. – С. 290.

³ Памятники римского права: Законы XII таблиц. Институции Гая. Дигесты Юстиниана. – М.: Зеркало, 1997. – С. 212.

⁴ Санфилиппе Чезаре. Курс римского частного права: Учеб. / Под ред. Д.В. Дождева. – М.: Изд-во БЕК, 2000. – С. 259.

ном визначає ведення чужих справ: якщо хто-небудь добровільно веде справи іншого незалежно від того, чи 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 взмозі сам піклуватися про свої справи; він повинен таким же чином прийняти на себе все те, що пов'язано з цією справою (тобто всі зобов'язання). Він виконує всі обов'язки, які виникли б, якщо б прямо існувало доручення, яке йому дав би власник¹.

Е. Годеме називав в якості трьох конститутивних елементів ведення чужих справ (умов) те, 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 справ².

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 дії³.

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 винагороду⁴. 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).

¹ Французский Гражданский кодекс 1804 г.: С изм. до 1939 г. / Пер. И.С. Перетерского. – М.: Юрид. изд-во НКЮ СССР, 1941. – С. 304.

² Годеме Е. Вказ. праця. – С. 290, 291.

³ Сінайський В. И. Вказ. праця. – С. 166.

⁴ Гражданское право. Учеб. Часть II / Под. ред. А.П. Сергеева, Ю.К. Толстого. – М.: Проспект, 1997. – С. 673 (автор главы – А.П. Сергеев).

В силу 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 повинна бути очевидною, тобто ясною для будь-якого розумного учасника цивільного обороту. Звичайно це впливає із співвідношення розміру необхідних затрат і об'єму тих збитків, які загрожують заінтересованій особі у разі невжиття відповідних заходів¹. Так, наприклад, при відсутності власника дачної ділянки інша особа обгорнула на зиму стовбури молодих плодкових дерев, чим запобігла їх пошкодженню дикими тваринами.

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 наступних 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 і 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 повинні 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 в 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 і обачністю.

¹ Гражданское право. Учеб. Часть II / Под. ред. А.П. Сергеева, Ю.К. Толстого. – М.: Проспект, 1997. – С. 672 (автор главы – А.П. Сергеев).

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, слідує, що вона робить це не тільки на безкоштовній, а й на безповоротній основі, то має місце її бажання здійснити дарування¹.

Таким чином, вчинення дій в 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

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 як фізичні, так і юридичні особи. Част. 2 ст. 980 ЦК РФ передбачає виняток з 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 додержуватись 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

¹ Гражданское право. Учеб. Часть II / Под. ред. А.П. Сергеева, Ю.К. Толстого. – М.: Проспект, 1997. – С. 673 (автор главы – А.П. Сергеев).

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 в даній ситуації більшість людей¹.

Якщо гестор розпочав дії в майнових інтересах домінуса і не має можливості повідомити його про це, то він зобов'язаний вжити усіх 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 мусить вчиняти дії з необхідною за обставинами справи турботливістю і 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 лежить².

Доцільність означає, що дії повинні 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 суспільства. Доцільність дій має оцінюватися за об'єктивними критеріями, однак при цьому повинні бути враховані і особисті якості особи, яка діє (вік, досвід, навички тощо)³.

Таким чином, термін «залежних» від гестора дій вказує на можливість останнього вчинити їх і включає в себе як необхідність, так і доцільність таких дій. У випадку коли гестор буде вести справи не як добрий господар, допускати грубі помилки, виявляти явну недбалість

¹ Емельянов В. И. Разумность, добросовестность, не злоупотребление гражданскими правами. – М.: Лекс-Книга, 2002. – С. 115.

² Рясенцев В. А. Ведение чужого дела без поручения / Ученые записки МГУ. Вып. 116; Труды юрфака, кн. 2, 1946. – С. 114.

³ Харитонов Е. О. Обязательства, возникающие из ведения дел без поручения в советском гражданском праве. Автореферат дис. на соиск. уч. степ. к.ю.н. – Харьков, 1980. – С. 20.

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 дій¹.

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 повинні бути необхідними, доцільними та здійснюватися навмисно на користь іншої особи². Зрозуміло, що вчинення дій в 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. В юридичній літературі слушно зазначалось, що однією із 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 затрати³. Вірним було б вирішення цього питання таким же чином, як в 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

¹ Гражданское право: Учеб. Часть II / Под. ред. А. П. Сергеева, Ю. К. Толстого. – М.: Проспект, 1997. – С. 674 – 675.

² Цивільний кодекс України: Коментар. – Харків: ТОВ «Одіссей», 2003. – С. 748.

³ Харитонов Е. О. Вказ. праця. – С. 21.

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 інтерес домінує складає комерційне представництво і гестор виконав такі дії. Тому мало б рацію застосування поєданого 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 обороту¹.

Глава 66. 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

В 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.

В силу 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. Уповноваженою 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 компенса-

¹ *Игнатенко В. Н.* Понятие и условия возникновения обязательства по ведению чужих дел без поручения // Проблемы законности: Респ. міжвідом. наук. зб. / Відп. ред. В. Я. Тацій. – Харків: Нац. юрид. акад. України, 2001. – Вип. 48. – С. 54.

цію як майнових, так і немайнових втрат¹ рятувальника. Йдеться про втрачений заробіток, пошкоджене майно, витрати на лікування та ін. При вчиненні рятувальних дій рятувальник може і загинути, тоді уповноваженими особами виступлять утриманці рятувальника, а також його дитина, народжена після його смерті. В такому разі 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 небезпека².

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 по її запобіганню і по запобіганню тих шкідливих наслідків, які вона може принести. Тобто рятувальні дії можуть мати місце, якщо є реальна загроза виникнення небезпеки. Дії по рятуванню можуть продовжуватися 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 пройшла необхідність³.

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.⁴

2) *Відсутність у рятувальника відповідних повноважень вчиняти рятувальні дії стосовно інших осіб.* Так, кредиторами 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 яких-

¹ На цю обставину слушно звернув увагу Є. О. Харитонов в кн. Цивільний кодекс України: Коментар. – Харків: ТОВ «Одіссей», 2003. – С. 749.

² Ожегов С. И. Словарь русского языка: 70 000 слов / Под ред. Н.Ю. Шведовой. – 21-е изд., перераб. и доп. – М.: Рус. яз., 1989. – С. 823.

³ Стависский П. Р. Возмещение вреда при спасании социалистического имущества, жизни и здоровья граждан. – М.: Юр. лит., 1974. – С. 39.

⁴ Цивільний кодекс України: Коментар. – Харків: ТОВ «Одіссей». 2003. – С. 749.

ми 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. Треба також оцінювати доцільність і розумність дій його 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 орієнтуватись, 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 йому самому має бути ясною невідповідність його дій обстановці, яка склалась, у відшкодуванні шкоди за ст. 1161 ЦК йому необхідно відмовити¹.

Рятувальні дії носять 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 як 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 із 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.

¹ Вважаємо, що наведений підхід до оцінки спрямованості дій, висловлений П. Р. Ставиським до рятування соціалістичного майна, підлягає застосуванню і до зобов'язань з рятування за ЦК України // *Ставицкий П. Р.* Вказ. праця. – С. 48.

§ 2. Зобов'язання, що виникають у зв'язку з рятуванням майна іншої особи

Із закріпленням в 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 чи-то 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.

В силу 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 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 судом¹. У будь-якому разі значене 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 кожен раз перед вибором: чи варто ризикувати власним здоров'я 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 наступних умов:

- 1) наявність реальної загрози для майна іншої особи;
- 2) відсутність у рятувальника повноважень на рятування майна іншої особи;

¹ Цивільний кодекс України: Коментар. – Харків: ТОВ «Одісей». 2003. – С. 750.

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 в цьому зобов'язанні може бути лише фізична особа, а боржником – держава.

Специфіка другого зобов'язання – по відшкодуванню шкоди, завданої майну рятувальника, полягає в наступному:

а) кредиторами і боржниками 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;

6) 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 в діях особи, спрямованих на досягнення іншого результату (наприклад, рятування власного майна), то немає підстав для покладення обов'язку відшкодувати зазнану особою шкоду¹.

Закон не вказує, хто буде здійснювати врахування матеріального становища особи, майну якої існує реальна загроза, та майнового становища власника (володільця) майна, якому завдана шкода. Навряд чи сторони зобов'язання будуть доходити згоди стосовно розміру відшкодування шкоди враховуючи ці факти. Більш за все, це питання постане в суді при вирішенні цивільно-правового спору.

¹ Вердников В. Г., Кабалкин А. Ю. Возмещение вреда, понесенного гражданином при спасании социалистического имущества. – 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.

В 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 викривляється сенс самого зобов'язання, особливо у випадках, коли майно все ж не вдалось врятувати¹. Інші відзначають, що таке рішення певним чином знижує рівень гарантованості прав того, хто діяв у чужих інтересах². 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.

Глава 67. СТВОРЕННЯ ЗАГРОЗИ ЖИТТЮ, ЗДОРОВ'Ю, МАЙНУ ФІЗИЧНОЇ ОСОБИ АБО МАЙНУ ЮРИДИЧНОЇ ОСОБИ

Одним із нових видів недоговірних зобов'язань виступає зобов'язання по усуненню загрози життю, здоров'ю, майну фізичної особи або майну юридичної особи. В силу 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 деліктну відповідальність центр ваги необхідно перенести зі шкідливого результату на більш ранній ступінь, коли протиправне діяння створює можливість заподіяння шкоди або коли сама діяльність має небезпечні властивості. Це припускає покладення цивільно-правової відпо-

¹ Коментарий части второй Гражданского кодекса Российской Федерации. – М.: Фонд правовая культура, Фирма Гардарика, 1996. – С. 197.

² Цивільний кодекс України: Коментар. – Харків: ТОВ «Одіссей». 2003. – С. 750.

відальності не тільки за завдану шкоду, а й за «делікт створення небезпеки»¹.

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». Тобто, 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 suspensis*, який міг подати будь-який бажаючий 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. сестерцій². 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. Це такі, що не містять у собі як обов'язкову ознаку суспільно небезпечні наслідки, а тому злочин вважається закінченим з моменту вчинення зазначених у законі діянь³.

Суб'єктами відповідальності (боржниками) в зобов'язанні по створенню загрози визнаються не лише юридичні та фізичні особи, які займаються підприємницькою діяльністю, порушуючи при цьому довкілля, умови безпеки, а будь-яка особа, яка створює загрозу⁴. 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 здійс-

¹ Зобов'язальне право: Теорія і практика: Навч. посіб. для студентів юрид. вузів і фак. ун-тів / Дзера О. В., Кузнєцова Н. С., Луць В. В. та ін. / За ред. О. В. Дзери. – К.: Юрінком Інтер, 1998. – С. 797.

² Римское частное право / Под ред. И. Б. Новицкого и И. С. Перетерского. – М.: Изд-во Минюста СССР, 1948. – С. 573, 574.

³ Кримінальне право України: Загальна частина: Підручник для студентів юрид. спец. вищ. закладів освіти // *Бажанов М. І., Баулін Ю. В., Борисов В. І.* та ін. / За ред. М. І. Бажанова, В. В. Сташиса, В. Я. Тація. – К. – Харків: Юрінком Інтер. – Право. – 2001. – С. 96.

⁴ *Ігнатенко В. М.* Зобов'язання із створення небезпеки (загрози) за новим Цивільним кодексом України // Проблеми законності: Респ. міжвідом. наук. зб. / Відпов. ред. В. Я. Тацій. – Харків: Нац. юрид. акад. України, 2002. – Вип. 53. – С. 74.

нення конституційного права на безпечне для життя та здоров'я до-
вкілля та на відшкодування завданої порушенням цього права шкоди
(ст. 50 Конституції України)¹. 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, усталеності їх прав на винагороду за шкоду цивільному ви-
рішенню питання, безумовно, слід віддати перевагу. І тому вилучен-
ня державної винагороди зі сфери цивільного права є небажаним².

Однак ЦК визначив у ст. 1163 відповідальною за створення загро-
зи 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, поля-
гає в праві кредитора (заінтересованої особи) вимагати від боржника:
а) вжиття невідкладних заходів щодо усунення загрози; б) відшкоду-
вання завданої шкоди; в) заборони діяльності, яка створює загрозу
(ст. 1164 ЦК).

Раніше в цивільному праві загроза, небезпека розглядались як
об'єктивні категорії, реально існуючі за межами свідомості людини,
причому існуючі й незалежно від її волі. Небезпека і загроза – це то-
жодні поняття, які визначаються як можливість, іншими словами,
вірогідність настання невігідних наслідків (шкідливого результату),
перетворення цієї можливості в дійсність³.

Стаття 1163 ЦК базується на дещо інших засадах стосовно об'єк-
тивності 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 остан-
нім розуміється діяльність, пов'язана з використанням, зберіганням
або утриманням транспортних засобів, механізмів та обладнання, ви-
користанням 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 (ч. 1 ст. 1187 ЦК).

¹ Кодифікація приватного (цивільного) права України / За ред. А. Довгерта. – К.:
Укр. центр правн. Студій, 2000. – С. 262.

² Сінайський В. И. Русское гражданское право. – Вып. 2: Обязательственное, семей-
ное и наследственное право. – Изд. 2-е испр. и доп. – К.: Типо-лотитр. «Прогресс», –
1918. – С. 169, 170.

³ Ойгензихт В. А. Проблема риска в гражданском праве. – Душанбе: «Ирфон»,
1972. – С. 76, 77.

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»¹).

Доцільно розглядати поняття джерело і об'єкт відповідно як родове та видове. 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) шкоди². Наприклад, в передмісті м. Харкова у сел. Безлюдівка було зупинено сміттєспалювальний завод, який в силу недосконалості технологічного процесу значно забруднював атмосферу.

На другій стадії, яка починається після незадоволення вимоги³, 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 продовжується;

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 з того, що створення загрози є делик-

¹ Відомості Верховної Ради України. – 2001. – № 15. – Ст. 73.

² Висловлена також і інша точка зору про значення ст. 1163 ЦК України, в якій йдеться радше про саму можливість виникнення відповідних зобов'язань // Цивільний кодекс України: Коментар. – Харків: ТОВ «Одіссей», 2003. – С. 751.

³ Закон не встановлює конкретні строки виконання обов'язку боржника в цьому зобов'язанні.

том і до його елементів належать наступні 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)»¹.

Оскільки виникнення зобов'язання по усуненню загрози не пов'язане з заподіянням майнової або немайнової шкоди, його слід кваліфікувати як квазі-деліктне.

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 громадян 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 бездіяльність².

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 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). В 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;

¹ Кодифікація приватного (цивільного) права України / За ред. А. Довгерта. – К.: Укр. центр правн. Студій, 2000. – С. 261.

² Цивільний кодекс України: Коментар. – Харків: ТОВ «Одіссей», 2003. – С. 751.

3) причинний зв'язок між протиправною дією або бездіяльністю відповідальної особи, які спочатку спричинили створення загрози, і шкодою, що заподіяна¹;

4) вина особи, яка заподіяла шкоду.

Глава 68. 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 наступних 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 із 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 причини, інколи називають деліктними², а саму шкоду – деліктною³. Із 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 і означало правопорушення, тобто «завдання шкоди окремії особі, її сім'ї або майну порушенням правового припису або заборони, внаслідок чого незалежно від волі правопорушника виникають нові права і правові обов'язки»⁴. Саме **відшкодування** шкоди і складає обов'язок, який боржник повинен виконати на користь кредитора. **Вочевидь, що**

¹ Харитонов Є. О., 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. – Харків: ТОВ «Одісей», 2003. – С. 752.

² Смирнов В. Т., Собчак А. А. Общее учение о деликтных обязательствах в советском гражданском праве: Учеб. пособ. – Л., 1983; Цивільне право України. Академічний курс: Підруч.: У двох томах / За заг. ред. Я. М. Шевченко. – Т. 2. – К., 2003. – С. 322.

³ Боброва Д. В. Деликтная ответственность и ее роль в охране прав граждан и социальных организаций / В кн.: Повышение роли гражданско-правовой ответственности в охране прав и интересов граждан и организаций. – К., 1988. – С. 142.

⁴ Бартошек М. Римское право: Понятия, термины, определения: Пер. с чешск. – М., 1989. – С. 104.

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 і інтересів учасників цивільних відносин. За своїм характером ці зобов'язання належать до роду **недоговірних**, тобто вони виникають поза межами існуючих між потерпілим і заподіювачем шкоди договірних чи інших правомірних зобов'язальних відносин.

Звичайно, відсутність між потерпілим і заподіювачем 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 заподіювач 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)¹. І якщо абсолютне суб'єктивне право охороняється від усіх і кожного, то кореспондуючий юридичний обов'язок також покладається на всіх і кожного. Як зазначає автор, 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,

¹ Див.: Зобов'язальне право: Теорія і практика: Навч. посіб. для студентів юрид. ву-нів і фак. ун-тів / О. В. Дзера, Н. С. Кузнцова, В. В. Луць та ін. / За ред. О. В. Дзери. – К., 1998. – С. 103–104.

що має назву «Відшкодування шкоди», містить норми (статті 1166, 1167), у назві яких використовується слово «відповідальність». У зазначених нормах у загальній формі визначається суть зобов'язань, врегульованих нормами гл. 82 ЦК. В подальшому ж використовується термін «відшкодування», а не «відповідальність».

У співвідношенні з відповідальністю обов'язок з відшкодування шкоди одними авторами розглядається як різновид цивільно-правової відповідальності (відповідальність за цивільне правопорушення)¹, іншими – як форма реалізації цивільно-правової відповідальності заподіювача шкоди (як міра захисту)², або як складова змісту обов'язку правопорушника у зобов'язанні, яке виникло внаслідок завдання шкоди³.

Не вдаючись до дискусії з цього приводу, відмітимо, 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 із 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 сприяє виникненню 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. Красько⁴ та В. М. Ігнатенко⁵, 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 носить **системно-структурний** характер, що забезпечує функціональну взаємодію

¹ Российское гражданское право: Учеб. / Под ред. З. Г. Крыловой, З. П. Гаврилова. – М., 1999. – С. 371.

² Харитонов Е. О., Саниахметова Н. А. Гражданское право. Частное право. Цивилистика. Физические лица. Юридические лица. Вещное право. Обязательства. Виды договоров. Авторское право. Представительство: Учеб. пособ. – К., 2002. – С. 712.

³ Гражданское право: Учеб.: В 2-х т. Том II. Полутом 2 / Отв. ред. проф. Е. А. Суханов. – М., 2000. – С. 363.

⁴ Красько И. Е. Некоторые теоретические проблемы института возмещения вреда / В кн.: Актуальные проблемы формирования правового государства: Краткие тезисы докладов и научных сообщений республиканской научной конференции. – Харьков, 1990. – С. 118–119.

⁵ Ігнатенко В. М. Характеристика підстав виникнення недоговірних зобов'язань // Проблеми законності: Респ. міжвідом. наук. зб. – Харків: Нац. юрид. акад. України, 2000. – С. 69.

його компонентів і можливість диференціації його окремих частин для з'ясування їхнього місця в системі, відмінності і 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 і 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, 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, відмітити, що наявність спеціальної норми зовсім не означає, що на ділянці відносин, де вона діє, перестає діяти норма **загальна**. Остання свою чинність зберігає, що, правда, звужуючись чи коригуючись до діапазону застосування норми **спеціальної**. Крім того, слід мати також 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 і 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, щоб 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'єктивним складом** та за ознаками, що характеризують **об'єкт правової охорони**.

Залежно від **суб'єктивного 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**, виділяються 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 виділяється із загальної системи зобов'язання за ознаками, які характеризують **засоби завдання шкоди**, наприклад, відшкодування шкоди, завданої джерелом підвищеної небезпеки¹. У інших випадках виділяються 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 боржника**².

Додамо, що в окрему групу можуть бути виділені також зобов'язання, виникнення яких обумовлюється зовнішніми для заподіювача 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 уявляється доцільною у такій послідовності:

- 1) відшкодування шкоди, завданої особою у разі здійснення нею права на самозахист;
- 2) відшкодування юридичною або фізичною особою шкоди, завданої їхнім працівником або іншою особою;
- 3) відшкодування шкоди, завданої актами законодавчої та виконавчої влади;

¹ Див., напр.: Советское гражданское право: Учеб. В 2-х т. Т. 2 / Под ред. О. А. Красавчикова. – М., 1985. – С. 352.

² Див., напр.: Цивільне право України. Академічний курс: Підруч.: У двох томах / За заг. ред. Я. М. Шевченко. – Т. 2. Особлива частина. – К., 2003. – С. 333.

4) відшкодування шкоди, завданої актами правоохоронних органів та органів судової влади;

5) відшкодування шкоди, завданої фізичними особами з частковою або неповною цивільною дієздатністю, недієздатними, з вадами психічного чи фізичного стану та особами з обмеженою цивільною дієздатністю;

6) відшкодування шкоди, завданої внаслідок злочину;

7) відшкодування шкоди, завданої джерелом підвищеної небезпеки;

8) відшкодування ядерної шкоди;

9) відшкодування шкоди, завданої фізичній особі каліцтвом, іншим ушкодженням здоров'я або смертю;

10) відшкодування шкоди, завданої внаслідок недоліків товарів, робіт (послуг);

11) 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) звільнюється від необхідності доказу наявності у поведінці заподіювача шкоди вини чи протиправності цієї поведінки. Тягар доказу відсутності протиправності чи вини заподіювача 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 охопленої 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 делікта. Принцип генерального делікту пронизує будь-який спеціальний делікт у тому числі відшкодування моральної шкоди, однак він завжди переломлюється через призму норм спеціальних деліктів, коригуючись ними відповідно до діапазону їх дії.

Що стосується принципу **повного відшкодування** завданої шкоди, то, як вже зазначалось, він тісно пов'язаний з попереднім 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 законом¹. 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, таких, як: 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 виконануваними 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 ж самі (за назвою) функції, які притаманні цивільно-правовій галузі в цілому.

Підкорячись 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 і 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 «сторозі» цих прав та інтересів. Охо-

¹ Див.: § 9 цієї глави.

ронювальна функція інституту з відшкодування шкоди досить тісно пов'язана з функцією попереджувальною, превентивною. Остання полягає у тому, що сама 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 шкоди 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 суду¹.

Питання щодо ліквідації наслідків будь-якого правопорушення виникає безвідносно до того, чи їх настання викликано 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 договірного обов'язку і обов'язку **недоговірною** з відшкодування неправомірно завданої шкоди або збитків, вирішення якого обумовлене не тільки теоретичними, а насамперед практичними цілями.

Справа полягає у тому, що у деяких випадках відшкодування шкоди регулюється в рамках відповідних договорів (статті 700, 721, 980, 1072, 1076 ЦК), а в інших – норми, якими регулюються недоговірні 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 встанов-

¹ Приступа С. Н. Понятийная сущность и методологическое значение компенсационной функции гражданского права // Проблемы законности: Респ. межвед. науч. сб. – Харків, 1996. – С. 82.

люється обов'язок наймача відшкодувати шкоду, завдану іншій особі у зв'язку з використанням транспортного засобу. За правилами норм, що регулюють недоговірні 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 недоговірні зобов'язання, може відшкодуватися 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 недоговірні 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 недоговірних обов'язків з відшкодування шкоди. Існуюча між ними межа зберігається і вона полягає в наступному.

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 вже існувало 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 заподіювач шкоди і потерпілий до завдання шкоди між собою в договірних відносинах не перебували. Недоговірний обов'язок з відшкодування шкоди виникає не із порушення покладеного на нього якогось обов'язку, а із 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 випадків 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.

В 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 через призму підстав цивільно-правової відповідальності, серед яких основним визнавався певний «склад цивільного правопорушення»¹. 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 він, – склад правопорушення є тим юридичним фактом, який породжує правовідношення між правопорушником та потерпілим і створює певні претензії потерпілого і обов'язки правопорушника зі заглажування шкоди, завданої протиправною дією².

Під «складом правопорушення» як підставою виникнення зобов'язання з відшкодування шкоди одними авторами визнавалася сукупність певних ознак правопорушення, якими воно характеризується як достатня підстава відповідальності³, іншими – сукупність загальних типових умов, наявність яких необхідна для виникнення обов'язку з відшкодування шкоди, завданої у разі будь-якого цивільного правопорушення⁴.

Заперечуючи проти концепції 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 потерпілим⁵. Думка цього вченого заслуговує на увагу, хоча вона і не роз-

¹ Див., напр.: Матвеев Г. К. Вина в советском гражданском праве. – К., 1951. – С. 7; Красавчиков О. А. Юридические факты в советском гражданском праве. – М., 1958. – С. 57.

² Матвеев Г. К. Основания гражданско-правовой ответственности. – М., 1970. – С. 5.

³ Матвеев Г. К. Вказ. праця. – С. 13–15.

⁴ Алексеев С. С. Гражданская ответственность за невыполнение плана железнодорожной перевозки. – М., 1959. – С. 49.

⁵ Брагинский М. И., Витрянский В. В. Договорное право: Общие положения. – М., 1997. – С. 569–570.

криває зміст поняття «порушення суб'єктивних цивільних прав». Крім того, наведена точка зору стосовно підстав виникнення зобов'язання з відшкодування шкоди носить досить віддалений від розглядуваного питання характер. Аналогічними недоліками страждає і точка зору, відповідно до якої підставою виникнення зобов'язання з відшкодування шкоди визнається **правопорушення**, тобто протиправна і винувата поведінка заподіювача шкоди¹, внаслідок якої порушуються особисті немайнові та майнові права потерпілого.

При визначенні підстав виникнення **недоговірною зобов'язання з відшкодування шкоди** слід виходити з наступного.

Відповідно до загальної норми ч. 2 ст. 509 ЦК зобов'язання, у тому числі і 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 припускається 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 повинна відповідати підстава (юридичний факт) і за відсутності яких не можуть виникати відповідні правовідносини, оскільки цей факт не набуває значення юридичного².

Як вже зазначалося, в зобов'язаннях з відшкодування шкоди їх породжуючим фактом є протиправна поведінка (дія, бездіяльність) – завдання майнової (матеріальної) або завдання моральної шкоди іншій особі. У деяких випадках обов'язок відшкодувати завдану шкоду виникає за наявності вини в поведінці заподіювача шкоди. У 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 являється без вини заподіювача шкоди. З урахуванням цього умови виникнення зобов'язання з відшкодування шкоди поділяються на дві групи: **загальні і спеціальні**.

¹ Харитонов Е. О., Саниахметова Н. А. Гражданское право Украины: Учеб. – Харьков, 2004. – С. 809.

² Смирнов В. Т., Собчак А. А. Общее учение о деликтных обязательствах в советском гражданском праве: Учеб. пособ. – Л., 1983. – С. 56.

До загальних умов виникнення зобов'язань з відшкодування шкоди належать: а) шкода; б) протиправність поведінки заподіювача шкоди; в) наявність причинного зв'язку між протиправною поведінкою правопорушника і її результатом – шкодою; г) вина заподіювача шкоди.

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 за 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 неї¹.

Глумачення шкоди як підстави виникнення зобов'язання з її відшкодування уявляється уразливим, оскільки воно призводить до отождоження 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 із 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 збиральним і за своїм обсягом воно торкається як особистої немайнової, так і майнової сфер потерпілого, тобто його немайнових та майнових благ, ушкоджених внаслідок 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 за-

¹ Див., напр.: Гражданское право: Учеб. В 2 т. – Том II. – Полутом 2 / Отв. ред. проф. Е. А. Суханов. – 2-е изд. перераб. и доп. – М., 2000. – С. 370.

робітної 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 в добросовісності було відмовлено у наданні позики чи в укладенні іншого очікуваного потерпілим договору 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, полагодити 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.

Майнова шкода як умова зобов'язання з її відшкодування виступає мірою обов'язку відповідальності 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, відмітити, 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 мусить 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. Вважалося, що потерпілий у разі завдання йому немайнової шкоди міг вимагати відповідного покарання заподіювача цієї шкоди.

В актах законодавства радянських часів категорія «моральна шко-

да» вперше з'явилася в Основах кримінального судочинства Союзу РСР і союзних республік від 25 грудня 1958 р.¹, відповідно до ст. 24 яких потерпілим визнавалася особа, якій злочином заподіяно **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 28, 50 КПК).

Слід, однак, відмітити, 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 експертизи². У даному разі йдеться не стільки про відшкодування потерпілому майнової шкоди, скільки про задоволення бажання потерпілого отримати нову професію.

Вперше норма стосовно **компенсації моральної шкоди** була включена в Закон Союзу РСР «Про засоби масової інформації»³. Змісту поняття моральної шкоди цей Закон не розкривав. Певний крок у цьому напрямі був зроблений прийнятими 31 травня 1991 р. Основами цивільного законодавства Союзу РСР і союзних республік⁴, якими визначалася моральна шкода як фізичні або моральні страждання.

У зв'язку з припиненням існування Союзу РСР зазначені Основи на території України в дію не вступили. Однак їх 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.

¹ Ведомости Верховного Совета СССР. – 1959. – № 1. – Ст. 15.

² Сборник нормативных актов. – М., 1977. – С. 931–933.

³ Ведомости Верховного Совета СССР. – 1990. – № 26. – Ст. 942.

⁴ Ведомости Верховного Совета СССР. – 1991. – № 26. – Ст. 26.

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 немайновою, відшкодування її здійснюється грішми або іншим майном, незалежно від майнової шкоди, яка підлягає відшкодуванню (чч. 3, 4 ст. 23 ЦК).

У цьому зв'язку виникає питання: 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 питання, слід відмітити, 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 (заподіювачів шкоди). Тому шкода, як одна із загальних умов виникнення деліктного зобов'язання – категорія збиральна, охоплюючи 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 самовряду-

вання 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).

Стосовно протиправності поведінки суб'єкта права, відповідального за завдану майнову чи моральну шкоду, як умови виникнення обов'язку з відшкодування завданої шкоди, слід відмітити, що завдання шкоди – явище завжди негативне. З цього, однак, не випливає, що будь-яке завдання шкоди 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 задоволення 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 з цим необхідно відмітити, 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 у 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 у більшій

мірі між собою 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, їх 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, внаслідок 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 заборонаю.

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 в праві існують відповідні заборони¹.

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, якій 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.

¹ Горшенев В. М. Способы и организационные формы правового регулирования в социалистическом обществе. – М., 1972. – С. 52–53.

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 завдала¹.

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 в основному збігається з ідентичним поняттям, визначеним у ст. 39 КК України. Однак, якщо кримінальна відповідальність за шкоду, завдану правоохоронюваним 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 Цивільний кодекс не обмежує кола дій, що підпадають під це поняття, умовою про неприпустимість перевищення меж крайньої необхідності.

Що стосується правомірності завдання шкоди у разі передбаченого законом **вилучення майна із володіння його власника**, то йдеться

¹ Див. § 3 цієї глави.

ся 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 вона полягає у тому, що **неправомірно завдана майнова та моральна шкода відшкодується 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 чієї саме поведінки (дії чи бездіяльності) стало ушкодження належних потерпілому і охоронюваних законом особистих немайнових, а також майнових благ, чією 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'язком між шкодою і **виною** правопорушника. Як об'єктивне явище, причинний зв'язок не залежить від волі та свідомості заподіювача 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.

В цивілістичних дослідженнях останніх років уявлення про винуватість 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 наведеній її трактовці оцінює як некорисне¹, практично даремне. Вирішувати питання про винуватість

¹ Див.: Брагинский М. И., Витрянский В. В. Вказ. праця. – С. 604.

необхідно шляхом аналізу ставлення особи до своїх справ та обов'язків¹. 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 через призму її психічного ставлення до своїх дій (бездіяльності) і їх негативних наслідків (наприклад, коли всупереч ст. 19 Закону «Про охорону праці»², 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 набудатиме 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 ж 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 людей) або **легковажністю** (полегшеним чи спрощеним ставленням до своїх висловлювань, дій, поведінки³. 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 і контролю за цією поведінкою, сприйнятою оточенням як негативне і шкідливе. Сприйняття оточенням поведінки суб'єкта права відображається в обраних

¹ Гражданское право: Учеб. В 2 т. – Том II. – Полутом 2 / Отв. ред. проф. Е. А. Суханов. – 2-е изд. перераб. и доп. – М., 2000. – С. 279.

² Відомості Верховної Ради України. – 1992. – № 49. – Ст. 668.

³ Психологічний словник / За ред. чл.-кор. АН СРСР В. І. Войтка. – К., 1982. – С. 19, 85.

оточенням формах реагування на сприйняту поведінку, в доказах її негативного вияву.

Невипадково 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 вини 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 із 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 із 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 то-

го, що свідомість і воля суб'єкта права – 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).

В 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 впливом почуття помсти, завдає шкоди родичам правопорушника, від протиправного посягання з боку якого довелось 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 із 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, в дорозі йому були завдані тілесні ушкодження внаслідок допущеної з вини водія дорожно-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 відмітити, що наявність грубої необережності потерпілого не звільняє повністю заподіювача 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» припускає, 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 йдеться не про відшкодування втрат, причинно обумовлених протиправною та винною поведінкою особи, яка зазнала шкоди, а поведінкою особи, яка до цих витрат призвела.

Слід також відмітити, 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 при 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 питання, де пролягає межа, переступивши яку самозахист перетворюється у протиправну поведінку?

Пряма відповідь на поставлене питання в актах цивільного законодавства відсутня. Визначаючи самозахист як застосування особою засобів протидії, які не суперечать законові та моральним засадам су-

спільства, 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**¹.

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, приборів 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, зійснюючи право на самозахист превентивними заходами, особа створює небезпеку завдання шкоди іншим особам, причому не обов'язково тим, що вчиняють протиправні посягання. Наприклад, власник в цілях охорони свого майна, розташованого на присадибній земельній ділянці, обгороджує ділянку колючим дротом і пропускає через огорожу електричний струм. Цілком очевидно, що застосування такого способу «охорони» майна містить в собі ознаки наміру завдання шкоди будь-якій іншій особі, її майну, наприклад, тварині, яка може випадково торкнутися такої огорожі.

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.

Вперше 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.

¹ Грибанов В. П. Осуществление и защита гражданских прав. Изд. 2-е, стереотип. – М., 2001. – С. 117–119 (Классика российской цивилистики).

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 заподіяння 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** заподіяння 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 обороною перестає бути необхідною. Уявляється, що перевищенням меж необхідної оборони можуть бути визнані такі дії особи, яка обороняється, що розпочалася як адекватна протидія протиправному посяганням з боку іншої особи і не була призупинена 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 в 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 неозброєним¹.

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 обстановці в якій напад був вчинений (наприклад, вбивство особи, яка проникла 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 цьому зв'язку постає питання, у якому розмірі повинна 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 повинне 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.

¹ Рішення Верховного Суду України: Щорічник. Офіційне видання / За заг. ред. В. Ф. Бойка. – К., 1997. – С. 119–120.

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 підяду, 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, йдеться 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 підяду 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 підяду чи дорученням підприємницького товариства (кооперативу), то автоматично поведінка останніх набуває ознаки неправомірної.

Однак слід відмітити, 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 не виникатиме такий обов'язок, 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 підяду із замовником, укладеним належним чином, або учасником підприємницького товариства чи членом кооперативу; б) що шкода була завдана під час і безпосередньо при виконанні заподіювачем шкоди покладених на нього обов'язків як на працівника за трудовим договором (контрактом) або як на підрядника за договором підяду, чи при виконанні представницьких повноважень від імені підприємницького товариства, кооперативу, учасником (членом) яких є заподіювач шкоди. В одній із цивільних справ

судом було встановлено, що підрядник, використовуючи підйомний кран в будівництві споруди, його стрілою зачепив лінію електропостачання, пошкодивши її. Завдана при цьому шкода була відшкодована замовником за договором підяду.

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 відшкодовувати: 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 підяду; в) учасника (члена) підприємницького товариства чи кооперативу і підприємницьке товариство чи кооператив, учасником (членом) якого він є.

Внаслідок такої диференціації в юридичній літературі резонно ставиться питання: 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 останніх¹.

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 не очікуване, хоч вона нерозривно пов'язалась 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 виконували працівник, підрядник, представник. І оскільки поведінка останніх фактично в собі уособлює діяльність роботодавця, замовника, підприємницького товариства або кооперативу, то і обов'язок з відшкодування шкоди покладається на зобов'я-

¹ Цивільне право України. Академічний курс: Підруч.: У двох томах / За заг. ред. Я. М. Шевченко. – Т. 2. Особлива частина. – К., 2003. – С. 337.

зану 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 і у зв'язку з виконанням покладеного на них завдання, не набувала характеру протиправної і не стала шкідливою для оточення безвідносно до 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 заподіювача шкоди, до нього можуть бути пред'явлені регресні вимоги відповідно до ст. 1191 ЦК.

§ 5. Відшкодування шкоди, завданої актами¹ 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 усіх гілок влади, передбачених у ст. 6 Конституції України. Завдяки цьому здобули втілення у приватно-правову сферу наступні 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 існую-

¹ Від лат. *actum* – дія, документ, вияв якої-небудь діяльності.

чих 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 наступних 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 вчиняються у сфері державної (законодавчої або виконавчої) влади, при здійсненні якої заповідувач і потерпілий перебувають у відносинах влади і підлеглості. У цьому відношенні винятку не складають також акти органів місцевого самоврядування. Останні до органів влади не належать. Проте вони можуть здійснювати повноваження органів виконавчої влади відповідно до закону (чч. 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 носять 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 за цієї причини останні і стають зобов'язаними відшкодувати шкоду, якщо буде встановлено, що вона була завдана рішеннями зазначених органів, діями чи бездіяльністю їх 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 недоговірною зобов'язання держави відшкодувати шкоду, завдану внаслідок прийняття закону, яким припиняється право власності на певне майно, є наступні 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 (річ), 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 носить 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.)¹.

Дещо інакше регулюються відносини, пов'язані з відшкодуванням шкоди, завданої внаслідок діяльності органів виконавчої влади, яку інколи називають діяльністю у сфері адміністративного управління². Йдеться, зокрема, про наступні три можливих різновиди ситуацій, за наявності яких шкода, завдана внаслідок діяльності органів 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 шко-

¹ Відомості Верховної Ради України. – 2000. – № 23. – Ст. 176.

² Див., напр.: Харитонов Е. О., Санихметова Н. А. Гражданское право Украины. – Харьков, 2004. – С. 878.

ди, 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 їх 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, слово **незаконність** акта виконавчої влади у даному разі підлягає розширеному тлумаченню і за своєю суттю означає **проти-правність** цього акта. З наведених конституційних положень можна зробити висновок, що у даному разі презумується **правомірність** діяльності органів влади та їх 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 за того, що вони зачіпають чиюсь майнову сферу, а за того, 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 відмітити, що повноваження останніх носять 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, в судовому порядку визнається незаконним та скасовується правовий акт органу виконавчої влади, який не відповідає законowi 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 повинен бути прямим і безпосереднім та вка-

зувати, яким саме суб'єктом буде відшкодовуватися завдана шкода. Zobov'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 в правах, особливо, з боку самої публічної влади, а ще більше з боку таких її підрозділів, які за своєю природою і соціальним призначення 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 попереднього (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).

В діяльності зазначених органів публічної влади будь-які помилки неприпустимі. Як правило, вони спричинюють 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, прокурату-

ри 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 вироком суду, що набрав законної сили. В інших випадках шкода, завдана незаконним рішенням, дією чи бездіяльністю тих же само правоохоронних органів або суду, відшкодовується на загальних підставах.

З наведених обставин вбачається, що у переважній більшості випадків йдеться 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 вироком 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, попереднього (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, попереднього (досудового) слідства, прокуратури або суду, має право зворотної вимоги до цієї особи тільки у разі встановлення в її діях складу злочину за обвинувальним вироком суду щодо неї, який набрав законної сили (ч. 3 ст. 1191 ЦК).

Незаконність дій правоохоронних та судових органів, якими була завдана шкода, не презумується, а повинна 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, попереднього (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»¹.

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 попереднього 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 керувати 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 про те, що обов'язок з відшкодування шкоди може бути покладений тільки на особу, цивільна дієздатність якої є повною за досягнутим вісімнадцятирічним віком

Йдеться про наступні 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

¹ Відомості Верховної Ради України. – 1995. – № 1. – Ст. 1.

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 в законі інших фізичних або юридичних осіб.

За смислом 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 із 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 наступних 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 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 та 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 цьому зв'язку слід відмітити наступне. 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 обо-

в'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 до-мовленістю між ними або за рішенням суду.

Оскільки обов'язок з відшкодування шкоди, завданої малолітніми, носить самостійний характер (він настає за наявності протиправності та вини зазначених вище відповідальних осіб, а також причинного зв'язку між їх 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 відмітити, 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 в деякій мірі 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 в 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 уявляється й те, що неповнолітні особи, хоч і здатні оцінювати свою поведінку і визначати межі її

зовнішнього вияву, все ж таки вони потребують і виховання, і відповідних наставлень, а також догляду з боку батьків (усиновлювачів), піклувальників. Цілком ймовірно, 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 заподіювача шкоди, також оцінюється з точки зору її протиправності і причинного зв'язку між їх діями (бездіяльністю) і поведінкою неповнолітнього, так із 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 різ-

ницею, 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 у тому, що фізична особа, яка в момент завдання шкоди не віддавала звіту в своїх діях, звільняється від обов'язку з відшкодування шкоди, 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 з 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 уявляється 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 з 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 відмічалось, 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 уявляється 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 не-

безпекою 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 оточення¹; 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 із 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.

¹ Красавчиков О. А. Возмещение вреда, причиненного источником повышенной опасности. – М., 1966. – С. 34.

² Зобов'язальне право: теорія і практика / За ред. О. В. Дзери. – К., 1998. – С. 843–848.

³ Шиминова М. Я. Гражданско-правовые гарантии охраны здоровья и имущества граждан // Сов. гос. и право. – 1982. – № 12. – С. 6.

⁴ Майданик Л. А., Сергеева Н. Ю. Материальная ответственность за повреждение здоровья. – М., 1968. – С. 48.

⁵ Маслов В. Ф. Обязательства из причинения вреда. – Харьков, 1961. – С. 24.

З наведеного поняття джерела підвищеної небезпеки бачимо, що не проігноровані також інші із зазначених вище концепції. 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.

В умовах, 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 дослідник 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). Тобто 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.

Хімічні джерела підвищеної небезпеки склалися із таких підгруп: а) отруйних (пари йоду, аміак, сірководень тощо); б) вибухонебезпечні (тротил, бензин, природний газ тощо); вогненебезпечні (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)¹.

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 із них належать до категорії фізичних (транспортні засоби, механізми тощо), інші – до хімічних (наприклад, радіоактивні, вибухо- і вогненебезпечні речовини), а деякі – до зоологічних (дикі звірі, служ-

¹ Красавчиков О. А. Вказ. праця. – С. 34–66.

бові собаки тощо). Залежно від цього і діяльність, пов'язуючись з 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. Візьмемо 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 пороху 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 відмітити, що підвищену небезпеку створює діяльність, пов'язана тільки з їх утриманням. Йдеться 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 наступні:

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 вогнєнебезпечних 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.

Для визнання особи відповідальною за шкоду, необхідна наявність двох основних ознак, одна із яких в цивілістичній літературі відома

під назвою **юридичної**, а друга – **матеріальної**¹. 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 вогнебезпечних 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 договором трудовим (водій, машиніст, оператор, керівник підрозділу юридичної особи, кінолог, зоотехнік зоологічного парку тощо). Виконувана ними робота юридично означає діяльність їхнього роботодавця.

Слід відмітити, 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 по відшкодуванню 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 у 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, меха-

¹ Советское гражданское право: Учеб. В 2-х т. / Под ред. О. А. Красавчикова. – М., 1985. – С. 388.

нізмом, 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 відшкодуватиметься страховиком. У даному разі особа, яка здійснює діяльність, що є джерелом підвищеної небезпеки, може бути зобов'язаною відшкодувати шкоду, але на засадах 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 цьому зв'язку постає закономірне питання стосовно суб'єктивної умови обов'язку з відшкодування шкоди у разі її завдання потерпілому при відсутності вини особи, зобов'язаної цю шкоду відшкодувати. В цивілістичній доктрині єдиного погляду на його вирішення не існує. Однак більшість вчених-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 «ри-

зик». 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 шкоди¹. Діяльність, здійснення якої створює підвищену імовірність завдання шкоди, може супроводжуватися різними обставинами, у тому числі тими, що можуть виникнути раптово і стовідсоткової впевненості особи в протилежному не існує.

Щоправда, деякі із 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 встановлена 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.

При вирішенні питання стосовно зменшення розміру відшкодування завданої шкоди слід мати на увазі наступні 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).

¹ Ойгензхт В. А. Воля и волеизъявление. – Душанбе, 1983. – С.133–144.

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 невідвротна 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 відмітити, 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 підставу методологічного значення для визначення правової природи відносин,

пов'язаних з ліквідацією негативних наслідків людської діяльності, пов'язаної 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 і удосконалення існуючого механізму регулювання зобов'язань (правовідносин) з відшкодування шкоди, масштаби якої сягають глобальних, і настання якої може мати неспровокований характер. Вже 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 по добуванню та переробці радіоактивної руди. Близько п'яти тисяч закладів та підприємств використовують джерела іонізуючого випромінювання, більш як 2600 підприємств використовують майже 105000 радіоізотопних приладів¹.

В 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 Конвенції².

Цілком очевидно, що потребує значних зусиль реалізація конституційних положень про те, що забезпечення екологічної безпеки і 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 відшкодування 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

¹ Див.: Концепція державного регулювання безпеки та управління ядерною галуззю в Україні. Схвалена постановою Верховної Ради України від 25 січня 1994 р. № 3871-ХП / Ядерне законодавство. Збірник нормативно-правових актів. – К., 1998. – С. 8–19.

² Ядерне законодавство. Збірник нормативно-правових актів. – К., 1998. – С. 516–517.

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 закони: «Про приєднання України до Віденської конвенції про цивільну відповідальність за ядерну шкоду» від 12 липня 1996 р.¹; «Про використання ядерної енергії та радіаційну безпеку» від 8 лютого 1995 р.²; «Про поводження з радіоактивними відходами» від 30 червня 1995 р.³; «Про об'єкти підвищеної небезпеки» від 18 січня 2001 р.⁴; «Про цивільну відповідальність за ядерну шкоду та її фінансове забезпечення» від 13 грудня 2001 р.⁵ та низка інших, у тому числі міжнародно-правових актів.

Зазначені законодавчі акти встановлюють основні правила, відповідно до яких повинна відшкодовуватися 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 у комбінації з яким-небудь іншим матеріалом, та радіоактивних продуктів і відходів, за винятком невеликої кількості радіоактивних продуктів, радіоактивних відходів та ядерного палива, що передбачаються 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 іонізу-

¹ Відомості Верховної Ради України. – 1996. – № 44. – Ст. 222.

² Там само. – 1995. – № 22. – Ст. 81 / В ред. станом на 3 грудня 1997 р. // Голос України. – 1998. – 6 січня.

³ Там само. – 1995. – № 27. – Ст. 198.

⁴ Там само. – 2001. – № 15. – Ст. 46.

⁵ Офіційний вісник України. – 2002. – № 2. – Ст. 46.

ючого випромінювання) у науці, виробництві, медицині та інших галузях, а також видобуванням уранових руд та поведінням з радіоактивними відходами, тобто діяльністю, пов'язаною із 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. II 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 з 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, зо-

бов'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 ядерна шкода операторами буде відшкодовуватися на засадах часткової відповідальності. Але якщо частка кожного із 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 в основному 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, чи 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 характеризуються певними особливостями і з точки зору умов, за наявності яких ці зобов'язання виникають. Насамперед все 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, заподіяну особі або майну радіоактивними властивостями або поєднанням радіоактивних властивостей з токсичними, вибуховими та іншими небезпечними властивостями ядерного палива, радіоактивних продуктів ядерного судна або їх відходів, а також витрати, проведені з метою відвернення шкоди або зменшення її розміру. Якщо поряд з ядерною заподіяна інша шкода, яка не може бути відокремлена від ядерної, то вся заподіяна шкода визнається ядерною. При цьому ядерною шкодою не є шкода, заподіяна самому ядерному судну, його устаткуванню, паливу і запасам продовольства. У контексті зі 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, вважається: втрата життя, будь-які ушкодження, завдані здоров'ю людини, або будь-яка втрата майна, або шкода, заподіяна 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, заподіяної самій установці або транспортному засобу, яким здійснювалося перевезення.

Уявляється, таким чином, що **ядерна шкода як одна із умов деліктного зобов'язання – це сукупність неблагоприятних 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 радіаційне 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 імовірність останньої у випадках завдання ядерної шкоди надзвичайно висока. На печальному досвіді ліквідації наслідків Чорнобильської катастрофи бачимо, що деякі із отриманих людьми радіаційних захворювань практично невиліковувані, а імовірність таких захворювань у разі ядерного інциденту майже стовідсоткова. Додамо, що із заселеної території, що зазнала інтенсивного забруднення довгоживучими радіонуклідами з щільністю забруднення ґрунту понад доаварійний 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 з добуванням, переробкою, виробленням, транспортуванням, захороненням, знищенням, утилізацією та 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 беспосе-

редньої 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, уявляється, що абсолютність цієї відповідальності оператора слід сприймати як умовну, оскільки у тих же 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 ви-

рішується 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 в 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 в 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 відносяться, 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, заподіяну 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, заподіяної 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 відмітити, 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) та охорона яких складає першочергове завдання і визначає призначення усієї 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 в законі.

Відшкодування завданої внаслідок ушкодження здоров'я фізичної особи шкоди полягає в наступному: а) у відшкодуванні заробітку (доходу), втраченого потерпілим внаслідок втрати чи зменшення професійної або загальної працездатності; б) у відшкодуванні додаткових витрат, викликаних необхідністю посиленого харчування, санатор-

но-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.

В 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 відмітити, 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 за 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 невикорис-

тану 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 вищеоплачувану 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 наступне: 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 числа 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 із трьох груп інвалідності); б) інші особи, зокрема, один із батьків (усиновлювачів) або другий з подружжя чи інший член сім'ї, незалежно від їхнього віку і працездатності, за умови, що вони не працю-

ють 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; д) чоловік, дружина, батьки (усиновлювачі), які досягли пенсійного віку, встановленого законом; інші непрацездатні особи, які були на утриманні потерпілого протягом п'яти років після його смерті.

Згідно з 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 вирахуванням частки, яка припадала на нього самого та працездатних осіб, які перебували на його утриманні, але не мають права на відшкодування шкоди.

Особам, які втратили годувальника, шкода відшкодовується у повному обсязі без урахування пенсії, призначеної їм внаслідок 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 заподіювача 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

В інтересах захисту прав фізичних та юридичних осіб в рамках недовірних зобов'язань з відшкодування шкоди встановлено механізм регулювання відносин, пов'язаних із завданням шкоди внаслідок недоліків товарів, робіт (послуг). Присвячені цьому норми ЦК (статті 1209–1211) 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 в договірних відносинах з продавцем, виго-

товлювачем 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 «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 (підряду, 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 в 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 з Законом «Про захист прав споживачів» і положеннями статей 1209–1211 ЦК існує конкуренція норм. У їх 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 повинно 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 електроприбор, який при включенні вдома загорівся

і внаслідок пожежі була завдана шкода не тільки тому, хто придбав товар (покупцеві), а й 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 їх 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 в двох наступних випадках: а) якщо продавець, виготовлювач товару, виконавець робіт (послуг) доведуть, що шкода була завдана внаслідок непереборної сили; б) що шкода стала наслідком допущеного потерпілим порушення правил користування або зберігання товару (результатів робіт, послуг).

У зв'язку з останньою обставиною постає одразу 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? Уявляється, що відповідь на поставлене питання знаходиться 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 поводженні 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 про відшкодування шкоди є зобов'язання з відшкодування моральної шкоди, підставою виникнення яких 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 вона полягає лише у приниженні її ділової репутації. Як вказувалося у гл. 14 цього підручника, моральна шкода для фізичної особи є категорією психологічного плану, невід'ємно пов'язаною з самою особою, її відчуттями, емоційно-розумовою діяльністю, і відображає внутрішній світ людини. 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 і у своєму виникненні, коли постає питання про наявність підстав для її матеріальної компенсації, і у грошовому вимірі, коли визначається розмір її компенсації.

Справа в тому, що її виникнення надзвичайно тісно пов'язане і з обставинами справи, і з самою особою, оскільки різні протиправні дії тягнуть неоднакові негативні наслідки морального характеру для різних потерпілих. 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 з 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 також зауважити, що судовою практикою Європейського суду з прав людини вироблено правило, за яким в певних випадках суд, замість винесення рішення про грошову компенсацію моральної шкоди, може вважати визнання самого факту правопорушення, вчиненого щодо потерпілого, достатньою справедливою компенсацією¹. Подібна судова практика існує і в Україні².

Таким чином, можна дійти висновку, що застосування норм з відшкодування моральної шкоди пов'язане з використанням значної

¹ Див. напр., Рішення у справі «Атлан проти Сполученого Королівства» від 19 червня 2001 р. // Практика Європейського суду з прав людини. Рішення. Коментарі. 2001. – № 3. – С. 46–49; Рішення у справі «Перна проти Італії» від 25 липня 2001 р. // Вісник Верховного Суду України. – 2002. – № 2. Вкладка. – С. 49–65.

² Паліюк В. П. Особливості застосування судами України Конвенції про захист прав людини та основних свобод (навчально-практичний посібник). – Миколаїв: Атол, 2003. – С. 111–122.

кількості оціночних понять, які окреслені законом з великою ступінню відносності, а визначальна роль в 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, діяльність яких спрямована на отримання прибутку.

ЦК не виходить з того, що моральна шкода відшкодовується лише у випадках, передбачених ним або спеціальними законами. По суті, в гл. 82 ЦК проводиться ідея стосовно того, що моральна шкода повинна відшкодовуватися кожному, кому вона дійсно завдана. Деякі особливості цього правила встановлюються у 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.

Частиною 2 ст. 1167 ЦК встановлено, що моральна шкода відшкодовується незалежно від вини того, хто її завдав:

1) якщо шкоди завдано каліцтвом, іншим ушкодженням здоров'я або смертю фізичної особи внаслідок дії джерела підвищеної небезпеки;

2) якщо шкоди завдано фізичній особі внаслідок її незаконного застосування, 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;

3) в інших випадках, встановлених законом.

Однак вищезазначений припис фактично нівелюється подальшим змістом самого ЦК, оскільки всі статті гл. 82, де йдеться про настання відповідальності незалежно від вини того, хто завдав шкоду (статті 1173–1175, а також статті 1176, 1187), використовують термін «шкода», а не «майнова» чи «моральна» шкода. Це означає, що диспозиції статей 1173–1175 ЦК також охоплюють й моральну шкоду, впроваджуючи правило про безвиновну відповідальність за її завдання і в цих випадках. Останнє є абсолютно вірним з огляду на те, що і майнова, і моральна шкода є складовими багатогранного поняття «шкода» і повинні підпорядковуватися єдиним принципам настання відповідальності за їх завдання.

В науковій літературі висловлюється думка, що стосовно моральної шкоди більш адекватним є термін «компенсація», а не «відшкодування», який використовує ЦК. Вважається, що незважаючи на над-

звичайну близькість та залежність цих понять, вони не є тотожними¹. 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 не вимірюють моральну шкоду, вони вартісно вимірюють лише 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 грошми, іншим майном або в інший спосіб, однак згідно з ч. 1 ст. 1168 ЦК вона може бути відшкодована також й шляхом здійснення щомісячних платежів, якщо її завдано каліцтвом або іншим ушкодженням здоров'я.

Глава 69. ЗОБОВ'ЯЗАННЯ У ЗВ'ЯЗКУ З НАБУТТЯМ, ЗБЕРЕЖЕННЯМ МАЙНА БЕЗ ДОСТАТНЬОЇ ПРАВОВОЇ ПІДСТАВИ

Зобов'язання у зв'язку з набуттям, збереженням майна без достатньої правової підстави є окремим самостійним видом недоговірних 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.

¹ Докладніше про це: *Пристапа С. Н.* Концептуальні засади компенсаційної функції цивільного права // Вісник Академії правових наук України. – 1996. – № 6. – С. 153–160.

Цей вид зобов'язань виникає на підставі наступних 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 їх волею.

Набуття або збереження майна однією особою є наслідком відповідного зменшення майна іншої особи. Однак 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 з самого початку при набутті майна, а й 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, встановлених 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 встановлені, так і не встановлені 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.

Тобто для визнання 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 встановлених законом або правочином підстав для набуття або збереження майна.

Усі життєві обставини, на підставі яких може виникнути безпідставне набуття майна, неможливо передбачити заздалегідь. Тому вони в законі не перераховані, а лише узагальнено 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 їх волею.

Згідно з принципом: ніхто не має права набувати майно за чужий рахунок без передбаченої законом або правочином підстави, який покладено 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 інтере-

сів потерпілого. Стан набувача майна, збереженого за рахунок іншої особи, вважається неправомірним, в силу чого він і повинен повернути його.

Суб'єктами зобов'язання є особа, яка безпідставно набула або збергла 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 їх правосуб'єктності.

Об'єктом зобов'язання внаслідок безпідставно набутого майна є дії безпідставно збагатилої 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 збагатилої особи та обов'язок останньої повернути отримане (збережене) майно потерпілому.

Закон відрізняє 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 зобов'язання, що розглядається.

Зобов'язання з безпідставного набуття майна схоже з деліктним зобов'язанням. Відмінність між зобов'язаннями із заподіяння шкоди та із безпідставного набуття майна полягає у підставах їх виникнення. Підставою виникнення зобов'язання із заподіяння шкоди є делікт (правопорушення). Безпідставність же набуття майна спирається на різноманітні факти, в тому числі й 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 її заподіювача. Для виникнення ж зобов'язань, встановлених 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'єктним складом. У зобов'язаннях із заподіяння шкоди поряд з особою, зобов'язаною до її відшкодування, завжди є і конкретний потерпілий – кредитор, на користь якого і відбувається відповідне стягнення. При безпідставно-

му 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 їх змісті. Зобов'язання із заподіяння шкоди забезпечують відновлення майнового становища потерпілого в тому стані, в якому він перебував до правопорушення, до повного відшкодування. У цьому випадку відшкодування дорівнює шкоді. При безпідставному набутті немає відповідності майнової вигоди набувача втратам потерпілого: останньому шкода відшкодується тільки у тому обсязі, в якому боржник збагатів.

Нарешті, різною є і юридична природа відновлюючих заходів у порівнювальних 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, оскільки боржник не несе ніяких майнових втрат.

Безпідставне набуття майна може траплятися і у договірних відносинах, але це не змінює його недоговірної природи, бо відносини, які охоплюються ст. 1212 ЦК, виникають за межами обов'язків за договором. Їх 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 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, повинно 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 увійшла б до складу майна набувача, і він не став би її власником. В той же час її власник не втратив свого права на річ і може витребувати її за правилами віндикації (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 під 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 й 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 має відшкодувати потерпілому збитки, викликані наступною зміною вартості майна.

Безпідставно набуте майно може приносити доходи або плоди як природне породження самої речі (приплод тварин тощо) або на підставі укладання цивільно-правових правочинів (передача майна в найм тощо). Оскільки безпідставним було саме набуття (збереження) майна, безпідставним буде і 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 його набуття (ч. 1 ст. 1214 ЦК). Доходи або інші вигоди, 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 з 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, а й майнових прав. У цих випадках зміст вимоги потерпілого зводиться до поновлення безпідставно втраченого ним права.

Безпідставно набуте майно, що 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. В якості цих засобів можуть виступати безпідставно виплачені заробітна плата та платежі, які до неї дорівнюють (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, виплачені у більшому, ніж повинно отримувачеві, розмірі або вдруге за аліментними зобов'язаннями й 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, 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, бо 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.

3MICT

.....

VII.

31.	5
32.	20
33.	31
34.	63
	69

VIII.

35.	83
-----	-------	----

IX.

36.	109
37.	162
38.	168
39.	()	176

X.

40.	()	183
41.	()	219
42.	227

XI.

43.	232
44.	-
	257

XII.

45.	267
47.	284
48.	292
49.	301
50.	313
51.	325

XIII.

52.	337
53.	361
54.	366
55.	().....	372
56.	380
57.	389
58.	-	399

XIV.

59.	-	413
60.	428

XV.

61.	442
62.	447
63. 3A E	451

XVI.

64. ПУБЛ	453
65. РВ	461
66. СЯТ	-	468
67. СТ	473
68. ВГДШ	478
69. ЗОБС	-	544