КИЇВСЬКИЙ НАЦІОНАЛЬНИЙ УНІВЕРСИТЕТ ім.ТАРАСА ШЕВЧЕНКА

ЗОБОВ'ЯЗАЛЬНЕ

ПРАВО

ТЕОРІЯ і ПРАКТИКА

НАВЧАЛЬНИЙ ПОСІБНИК

***За редакцією доктора юридичних наук професора О.В, Дзери***

**Київ Юрінком (ні 1998**

ББК 67.304.:

3-78

Рекомендовано

вченою радою юридичного факультету Київського національного університету імені Тараса Шевченка

ЗА РЕДАКЦІЄЮ доктора юридичних наук, професора О.В.Дзери

ЮРІНКОМ ІНТЕР

Шеф-редактор В.С. Ковальський кандидат юридичних наук

© Автори, 1998 © Юрінком Їнтер,

Від редакції

істотні зміни в історичному розвитку країни та радикальні економічні, політичні та соціальні перетворення відбуваються у сфері відносин власності, суспільного виробництва, обігу капіталу. Реалізації цих завдань сприяє інститут зобов'язаль­ного права. Його правові норми регулюють майнові відно­сини, що виникають у разі відчуження майна, надання послуг, виконання робіт, заподіяння шкоди або безпідставного придбання майна. З огляду на це книга "Зобов'язальне право:

теорія і практика" є насамперед посібник з особливої частини цивільного права, але питання у ньому висвітлюються значно ширше ніж цього потребують такі видання.

Актуальність теми пояснюється ще й тим, що у книзі разом з усталеними поняттями про зобов'язальні правовідносини, виконання зобов'язань, способи забезпечення їх виконання розглядаються й такі, раніше нетрадиційні види зобов'язань, як: зобов'язання, пов'язані з захистом прав споживачів; договори купівлі-продажу об'єктів приватизації; договори купівлі-продажу на біржах та особливості їх правового регу­лювання; договори постачання енергетичними та іншими ресурсами та ін. В окремих розділах розглянуто позадоговірні зобов'язання, питання цивільно-правового регулювання від­носин, пов'язаних з творчою діяльністю. Крім того, в посіб­нику аналізується судово-арбітражна практика, що допоможе застосуванню правових норм у практичній діяльності.

У підготовці книги "Зобов'язальне право: теорія і практи­ка" взяли участь відомі не тільки в Україні, але й за її межами висококваліфіковані вчені, які мають багатий науковий, нау­ково-педагогічний та правотворчий досвід.

Книга розрахована на широку наукову громадськість, викладачів, аспірантів і студентів юридичних навчальних закладів, господарських керівників, посадових і службових осіб державних установ та організацій.

Авторський колектив:

Д.В. БОБРОВА, доктор юридичних наук, професор

глави 34—37;

О.В. ДЗЕРА, доктор юридичних наук, професор —

глави 7 (§1-6), 8 (§ 2), 13, 17, 30;

А.С. ДОВГЕРТ, доктор юридичних наук, професор —

глави ЗО—32;

В.М. КОССАК, доктор юридичних наук, професор— глава 33;

Н.С. КУЗНЄЦОВА, доктор юридичних наук, професор —

глави 1,3, 4 (§1,2), 18;

В. В. ЛУЦЬ, доктор юридичних наук, професор —

глави 2, 5, 11, 12,23,24;

О.А. ПІДОПРИГОРА, доктор юридичних наук, професор

глави 14, 21;

В.С. ЩЕРБИНА, доктор юридичних наук, професор —

глави 8 (§ 1, 3), 10 (§ 1—3), 15, 26 (§ 1, 3, 4) І.А. БЕЗКПУБИЙ, кандидат юридичних наук, доцент-глава 22;

Т.В. БОДНАР, кандидат юридичних наук, доцент —

глави 6, 9 (спільно з Н.С. Демченко);

Л.М. ІВАНЕНКО, кандидат юридичних наук— глава 8 (§4—6);

С.П. ІНДИЧЕНКО, кандидат юридичних наук, доцент—

глави 16(§ 1,4—9);

0.0. ПІДОПРИГОРА, кандидат юридичних наук, доцент—

глави 19, 20;

Л.А. САВЧЕНКО, кандидат юридичних наук, доцент —

глави 27, 29;

В.В. ТРУТЕНЬ, кандидат юридичних наук — глава 25;

Т.С. ШКРУМ, кандидат юридичних наук, доцент—

глава 4 (§ 3);

Т.П. БАЗОВА — глава 16 (§ 2, 3);

**Н.С.** ГЛУСЬ — глава 10 (§ 4);

Н.С. ДЕМЧЕНКО — глава 9 (спільно з Т.В. Боднар) Н.О. ДЗЕРА — глава 7 (§7);

**Г.Л.** КОРОТКА, доцент—глави 26 (§ 2), 28.

ЧАСТИНА ПЕРША

ЗАГАЛЬНІ ПОЛОЖЕННЯ ПРО ЗОБОВ'ЯЗАННЯ І ДОГОВОРИ

Глава 1. Загальна характеристика зобов'язальних правовідносин

**§ 1. Поняття та склад зобов'язання**

Інститут зобов'язального права поряд з Інститутом власності посідає важливе місце в системі цивіль­ного права України. Зобов'язальне право охоплює сукупність цивільно-правових норм, які регулюють майнові відносини, що складаються у зв'язку з передачею майна, наданням по­слуг, виконанням робіт, заподіянням шкоди або безпідстав­ним придбанням майна. Зобов'язальне право поділяється на дві частини: загальні положення про зобов'язання та окремі види зобов'язань.

Характеризуючи поняття зобов'язання, передусім слід відзначити, що зобов'язання — це цивільні правовідносини. Зміст будь-яких цивільних правовідносин включає в себе суб'єктивне право (в зобов'язальних правовідносинах — це право вимоги) і відповідний йому обов'язок, або, іншими сло­вами, права та обов'язки на стороні кожного учасника право­відносин (наприклад, права та обов'язки продавця і покупця, підрядчика і замовника). Характер суспільних відносин, на регулювання яких спрямовуються зобов'язання, є досить широким. Форми зобов'язань набувають і нормальні відноси­ни між суб'єктами цивільного права, які пов'язані з реаліза­цією продукції, виконанням робіт, наданням послуг та ін., а також відносини, що виникають внаслідок ненормальних, недозволених дій (наприклад, заподіяння шкоди, безпідставне придбання або збереження майна).

а Глава 1

Досить широким є і коло можливих учасників зобов'язаль­них відносин. Зобов'язання можуть виникати: а) між юридич­ними особами; б) між юридичними та фізичними особами;

в) між фізичними особами.

Разом з тим, незважаючи на всі ці особливості, можна виділити в зобов'язаннях за суб'єктним складом, за їх харак­тером та цільовим призначенням певні спільні риси — і юридичні, і економічні. В ст. 151 ЦК України передбачається, що на підставі зобов'язання одна особа (боржник) зобов'яза­на вчинити на користь іншої особи (кредитора) певну дію, як то: передати майно, виконати роботу, заплатити гроші або утриматися від певної дії; а кредитор має право вимагати від боржника виконання його обов'язків. Зобов'язальні право­відносини, які регулюються нормами зобов'язального права, мають певну автономію в цивільно-правових відносинах, що зумовлено наявністю юридичних особливостей зобов'язань, як специфічного виду цивільних правовідносин. У чому виявляються ці особливості?

*По-перше,* зобов'язання опосередковують процес перемі­щення майна або інших матеріальних результатів, які також мають майновий характер. Таким чином, вони завжди висту­пають як майнові цивільні правовідносини. Ця ознака дає можливість відмежувати зобов'язання від особистих немай-нових відносин, але це не виявляє специфіки зобов'язань щодо інших цивільно-правових майнових відносин.

*По-друге,* оскільки зобов'язання опосередковують процес руху майна, яке може бути передане виключно конкретно-визначеним, а не будь-яким третім особам, ці правовідно­сини завжди встановлюються з конкретним суб'єктом, а відтак— мають відносний характер. Цим зобов'язання відріз­няються від цивільних абсолютних майнових правовідносин, передусім — від правовідносин власності. Але така відмін­ність спирається тільки на суб'єктивний склад, не охоплюючи особливостей як змісту, так і об'єкта цих правовідносин.

*По-третє,* якщо юридичним об'єктом правовідносин влас­ності є пасивна поведінка зобов'язаних осіб, то у зобов'я­заннях, які опосередковують рух майна, боржники покликані до відповідних активних (позитивних) дій. Досить рідко на учасника зобов'язання покладається виконання пасивної функції. Так, власник майна, яке передане в найом, не повинен перешкоджати його нормальному використанню на-

Загальна характеристика зобов'язальних правовідносин\_\_\_\_9

ймачем. На відміну від правовідносин власності, пасивна функція ніколи не вичерпує юридичного об'єкта зобов'язан­ня, а зазвичай виступає як результат або доповнення до позитивних дій суб'єктів. Так, обов'язок наймодавця не перешкоджати наймачеві у використанні майна є наслідком вже здійсненої раніше позитивної дії до передачі цього майна в користування. В цьому полягає специфіка зобов'язань з точки зору характеристики юридичного об'єкта.

*По-четверте,* якщо в юридичному змісті правовідносин власності на перший план виступає можливість здійснення дій самим власником (володіти, користуватися, розпоряджатися майном), то вирішальне значення для юридичного змісту зобов'язань набуває надана управомоченому суб'єктові можливість вимагати певної поведінки від зобов'язаної особи. Саме тому в зобов'язальних правовідносинах суб'єк­тивне право дістало назву права вимоги, а обов'язок— боргу. Управомочена особа називається кредитором, а зобов'я­зана — боржником. О.С. Йоффе, спираючись на легальне визначення зобов'язання, узагальнив його ознаки і сформу­лював теоретичне поняття зобов'язання як закріплені цивіль­ним законом суспільні відносини по переміщенню майнових та інших результатів праці, внаслідок яких одна особа (кредитор) має право вимагати від іншої особи (боржника) вчинення певних дій та обумовленого цим утримання від вчинення інших дій1.

**Елементи зобов'язання.** Оскільки будь-яке зобов'язання є цивільними правовідносинами, зобов'язання складаються з тих самих елементів, що формують будь-які інші цивільні правовідносини.

Разом з тим ці елементи мають певні особливості, які відображають специфіку самих зобов'язань. У зарубіжному цивільному законодавстві, зокрема у Французькому цивіль­ному кодексі, поняття зобов'язання іноді застосовується як синонім поняття договору. Так, ст. 1101 ФЦК визначає пред­мет договору і предмет зобов'язання. В подальшому в інших статтях терміни "договір" і "зобов'язання" використовуються як тотожні. Найбільшу деталізацію поняття зобов'язання дістало у французькій цивілістичній літературі. Слід зазна-

' Див.: *Иоффе О.С.* Обязательственное право. — М., 1975. — С. 6

***Глава 1***

чити, що автори, які звертаються до даного питання, розрізняють зобов'язання як родове поняття і договір як одну з підстав його виникнення. Щодо німецького цивільного пра­ва, **то** воно, більше ніж інші цивільні кодекси капіталістичних країн, пішло шляхом побудови загальних понять, які стосую­ться зобов'язань. Так, у § 241 В6В подано визначення зобо­в'язання: "На підставі зобов'язання кредитор управомочений вимагати від боржника надання. Надання може полягати і в утриманні".

**Суб'єкти** зобов'язання. Суб'єктами зобов'язання, як і будь-яких цивільних правовідносин, можуть виступати як фізичні, так і юридичні особи. Правомочна сторона у зобов'язальних правовідносинах дістала назву *кредитора,* а зобов'язана — *боржника.* У деяких зобов'язаннях один із суб'єктів виступає виключно як кредитор, інший — виключно як боржник. Наприклад, у зобов'язанні із заподіяння шкоди потерпіла особа завжди є тільки кредитором, а заподіювач шкоди — завжди боржником. Однак здебільшого кожен з учасників зобов'язання є водночас і кредитором, і боржни­ком, зокрема продавець і покупець у договорі купівлі-прода­жу, замовник і підрядчик у договорі підряду, орендар і орен­додавець у договорі оренди. Ці положення відображено і в проекті ЦК України. Так, у ч. 2 ст. 548 проекту ЦК України передбачається, що у випадку, коли кожна із сторін зобов'я­зання має обов'язок на користь іншої сторони, ця сторона вважається боржником на користь іншої сторони у тому, що вона зобов'язана вчинити на її користь, і водночас її креди­тором у тому, що вона має право від неї вимагати.

Відкрите акціонерне товариство "Дніпроагробуд" (м. Дні­пропетровськ) уклало договір будівельного підряду з това­риством з обмеженою відповідальністю "Дніпро-поліс", відпо­відно до якого ВАТ "Дніпроагробуд" повинно було збудувати З сховища для зберігання харчових продуктів, а ТОВ "Дніпро-поліс" після здачі договірних об'єктів в експлуатацію оплатити підрядчикові вартість робіт і матеріалів у сумі 525 тис. грн.

У наведеному прикладі обидві сторони — ВАТ "Дніпро­агробуд" і ТОВ "Дніпро-поліс" — мають обов'язки одна перед одною.

ВАТ "Дніпроагробуд" є боржником щодо будівництва і пе­редачі сховищ і водночас кредитором щодо їх оплати в сумі 525 тис. грн.

Загальна характеристика зобов'язальних правовідносин 11

ТОВ "Дніпро-поліс" є боржником щодо сплати вартості схо­вищ і водночас кредитором щодо їх передачі.

Такі зобов'язання мають назву двосторонніх.

У зобов'язаннях можуть брати участь і ті особи, які не є сторонами; їх називають третіми особами. За загальним пра­вилом, зобов'язання не створює обов'язків для третіх осіб. Але у випадках, передбачених домовленістю сторін, зобов'я­зання може породжувати для третіх осіб права щодо однієї чи обох сторін зобов'язання.

**Об'єкти зобов'язання.** Юридичним об'єктом зобов'язан­ня, як і будь-яких цивільних правовідносин, визнається певна поведінка зобов'язаної особи. Однак характерною рисою зобов'язання є те, що на перший план у зобов'язанні висту­пають позитивні дії боржника, а чисто негативна поведінка (утримання від вчинення певних дій), як правило, виступає лише доповненням або наслідком активної функції, яку виконує боржник. Крім того, якщо обидва суб'єкти водночас виступають як кредитор і боржник, то в такому зобов'язанні можна виділити два юридичні об'єкти — дії кожного учасника, які вчиняються ним при виконанні функцій боржника. Наприклад, у договорі купівлі-продажу і продавець, і покупець водночас виступають боржниками, а саме: продавець зобо­в'язаний передати майно, а покупець зобов'язаний його оплатити. Таким чином, юридичними об'єктами водночас виступають дії по передачі майна (які здійснює продавець) та дії по оплаті майна (які здійснює покупець).

Що стосується матеріального об'єкта, то в ряді зобов'язань за наявності двох юридичних об'єктів існує тільки один матеріальний об'єкт. Наприклад, у безоплатному договорі зберігання майна буде один-єдиний матеріальний об'єкт — майно, яке здане на зберігання. Якщо ж ми звернемося до юридичних об'єктів, тобто до тих дій, які сторони повинні вчинити, то в цьому випадку буде також два юридичні об'єкти:

1) збереження майна зберігачем;

2) своєчасне одержання майна поклажодавцем. У ряді зобов'язань (зокрема в тих, які виникають з сплат­них договорів) двом юридичним об'єктам відповідають два матеріальні об'єкта. Наприклад, у поширеному договорі купівлі-продажу двом юридичним об'єктам (передача майна та передача грошей) відповідають і два матеріальні об'єкти — майно та гроші.

Глава 1

**Зміст зобов'язань.** Зміст зобов'язальних правовідносин, як і будь-яких інших цивільних правовідносин, утворюють *суб'єктивні права та обов 'язки його учасників.* Разом з тим із ст. 151 ЦК України випливає особливість змісту зобов'язаль­них правовідносин, яка виявляється в тому, що правомоч­ність кредитора набуває форми права вимоги, а обов'язок боржника має форму боргу, як обов'язку виконання вимоги кредитора.

Оскільки зобов'язання є правовідносинами майнового характеру, то і зміст їх становлять суб'єктивні права та обов'язки також майнового характеру.

Однак, як відзначається у літературі, зміст зобов'язання не завжди вичерпується правом вимагати вчинення виключно дій майнового характеру (або утримання від вчинення таких дій). Кредитор має право також вимагати вчинення і дій немайнового характеру.

Так, І.Б. Новицький стверджував, що зміст зобов'язання не обмежується правом вимагати вчинення тільки тих дій, які спрямовані на передачу, пристосування і т. п. майна або вза­галі тим чи іншим чином пов'язані з майном (наприклад, внаслідок оплатності). Змістом зобов'язання може охоплю­ватися право вимагати вчинення будь-якої правомірної, що має серйозний характер, потребує захисту та заслуговує на захист дії особи (позитивної або негативної)1.

Особливе місце у зобов'язальних відносинах посідають санкції, їх встановлюють з метою забезпечити захист відпо­відних правовідносин від порушення. Виходячи із загальних положень, які характеризують метод цивільно-правового регулювання, цивільно-правовий захист здійснюється в судо­вому порядку шляхом закладення позову про відновлення порушеного майнового права. В такому розумінні цивільно-правовими санкціями в зобов'язанні вважаються будь-які примусові заходи, щй охороняють зобов'язання в разі його порушення2. Певною мірою цивільний позов є важливою фор­мою санкції в її широкому тлумаченні3.

' Див.: *Новицкш И.Б., Лунц Л.А.* Общее учение об обязательстве. М.,1950.— С. 59.

Див.: *Иоффе* О.С.Обязательственное право. — С. 15. 3 Див.: *Новицкий И.Б., Лунц Л.А.* Вказана праця. — С. 70.

Загальна характеристика зобов'язальних правовідносин 1\_3

**§ 2. Підстави виникнення зобов'язань**

Зобов'язальні відносини, як і інші цивільні правовідносини, виникають з обставин, передбачених зако­ном у якості юридичних фактів.

Частина 2 ст. 151 ЦК України серед підстав виникнення зобов'язань називає договір та інші підстави, передбачені ст. 4 ЦК України. Таким чином, зобов'язання можуть виникати:

1) з угод (у тому числі договорів) як передбачених законом, так і не передбачених законом, але таких, що не суперечать

йому;

2) з адміністративних актів;

3) внаслідок створення творів науки, літератури, мистецт­ва, а також винаходів та інших результатів творчої діяльності;

4) внаслідок заподіяння шкоди іншій особі, а також при­дбання або збереження майна за рахунок іншої особи без достатніх підстав;

5) внаслідок інших дій громадян та організацій;

6) внаслідок подій, з якими закон пов'язує настання цивіль­но-правових наслідків.

**Угоди (у тому числі договори).** Не випадково серед юри­дичних фактів, з яких виникають зобов'язання, договір визна­чений спеціально у ст. 151 ЦК України. Саме цим підкреслює­ться значення і питома вага цивільних договорів для виник­нення зобов'язань. Договір виконує функцію безпосередньої правостворюючої підстави виникнення зобов'язання. Це означає, що права та обов'язки сторін, які становлять зміст зобов'язання, виникають із самого договору і не потребують

інших факторів.

Так, закрите акціонерне товариство "Консул" уклало договір оренди виробничого приміщення у м. Львові із фірмою "Либідь". Після укладення зазначеного договору між сторона­ми — ЗАТ "Консул" та фірмою "Либідь" — виникло зобов'я­зання, зміст якого полягав у тому, що ЗАТ "Консул" має право вимагати передачі йому в тимчасове сплатне користування виробничого приміщення, зазначеного в договорі оренди, а фірма "Либідь", надавши це приміщення, має право вимагати сплати орендної плати в розмірі і строк, передбачені укладе­ним між ними договором.

***14 Глава***

Проект ЦК України значно розширив перелік цивільно-пра­вових договорів, з якими пов'язується виникнення зобо­в'язань. Серед них нові договори, які не регулюються чинним ЦК України: договори лізингу, франчайзингу, факторингу, до­вірчого управління майном тощо.

Не тільки договори, а й односторонні угоди можуть утворю вати зобов'язання. Так, з публічної обіцянки нагороди від повідно до ст. 435 ЦК України виникає обов'язок організації, яка оголосила конкурс, виплатити обіцяну винагороду особі, яка визнана гідною винагороди.

У проекті ЦК України перелік зобов'язань, що виникають з односторонніх позитивних дій, значно розширений. До них також віднесені: ведення чужих справ без доручення, запо­бігання загрозі шкоди чужому майну, рятування здоров'я та життя іншій особі.

**Адміністративний акт.** У зв'язку із розширенням ринко­вих засад в економіці зменшується питома вага адміністра­тивних актів у загальному обсязі підстав виникнення зобов'я­зання. Це безпосередньо пов'язано з тим, що акти планово-розпорядчих органів, які були підставами виникнення біль­шості господарських зобов'язань за участю соціалістичних організацій, у сучасних умовах практично не застосовуються в цивільному обороті.

Однак можливість виникнення цивільних зобов'язальних правовідносин безпосередньо з адміністративних актів хоч і значно звузилася, але не виключається.

Значно частіше трапляються випадки, коли адміністративні акти не безпосередньо створюють зобов'язання, а у сукуп­ності з іншими підставами.

В юридичній літературі М.М. Агарков обгрунтував "теорію юридичного складу". Вона зводилася до того, що зобов'язан­ня виникали не простат з планово-розпорядчого акта, а з юри­дичного складу, до якого, поряд з адміністративним актом входив і договір1.

У ряді випадків виникнення зобов'язань пов'язують із фак тичним складом2.

' Див.: Гражданское право. — Санкт-Петербург, 1996. — С. 423—425 2 Див.: Цивільне право. — К., 1997. — С. 139.

Загальна характеристика зобов'язальних правовідносин 15

**Заподіяння шкоди та інші неправомірні дії.** Цивільні зобов'язання покликані не тільки регулювати відносини, які спрямовані на задоволення нормальних потреб громадян та організацій: передачу майна, використання робіт, надання послуг тощо. Поряд із регулятивною функцією зобов'язання також виконують охоронну функцію. Такі охоронні зобов'я­зання виникають з неправомірних дій — заподіяння шкоди, придбання або зберігання чужого майна без достатніх підстав таін.

Проект ЦК України до цієї групи підстав виникнення зобов'язань відносить створення небезпеки (загрози) життю і здоров'ю фізичних осіб, а також їхньому майну та майну юридичних осіб.

Однак, хоч такі зобов'язання виникають із неправомірних дій, самі вони спрямовані на досягнення правомірного ре­зультату — відновлення порушеного майнового становища учасників майнового обороту.

§ 3. Система цивільних зобов’язань

Класифікація зобов'язань, як і інших пра­вових інституцій, пов'язана перш за все з необхідністю визна­чення відповідних критеріїв для поділу цих інституцій на від­повідні класифікаційні групи або ряди. В науці цивільного права не раз робилися спроби систематизувати зобов'язання за різними принципами.

Так, І.Б. Новицький виділяв відповідно три групи зобов'я­зань: а) зобов'язання, які виникають на підставі або у зв'язку з народногосподарським планом; б) зобов'язання, які не охоплені соціалістичним плануванням; в) зобов'язання, які сприяють правильному розвиткові відносин у кожній із попередніх груп!1Ґ.

М.М. Агарков, взявши за підставу класифікації мету, якій підпорядковуються зобов'язальні правовідносини, виділив

Див.: Новицкий Й Б., Лунц Л.А. Общее учение об обязательстве. — С. 72.

те Глава 1

інші класифікаційні групи: а) зобов'язання, що забезпечують виконання народногосподарського плану; б) зобов'язання, які безпосередньо мають на меті охорону та забезпечення майна держави; в) зобов'язання, що забезпечують розвиток та охорону інших гарантованих суспільних відносин1.

Неважко встановити, що наведені підходи правознавців, закладені в основу систематизації зобов'язань, були суцільно пов'язані із особливостями майнового обороту в межах пла­ново-розподільчої економіки і зумовлені відповідною ме­тою — визначити планові завдання та державні інтереси як безумовні пріоритети.

М.В. Гордон запропонував об'єднаний критерій для класи­фікації зобов'язань, який сполучав економічні та юридичні ознаки зобов'язань2. Цю точку зору поділяв і О.С. Йоффе3. Побудована за комбінованим критерієм система зобов'язань має такий вигляд:

1) зобов'язання з сплатної реалізації майна (купівля-про­даж, поставка, контрактація, міна, довічне утримання);

2) зобов'язання з безоплатної передачі майна в користу­вання (майновий найом, найом жилого приміщення);

3) зобов'язання з безоплатної передачі майна у власність або користування (дарування, позичка);

4) зобов'язання з виконання робіт (підряд, підряд на капі­тальне будівництво);

5) зобов'язання з надання послуг (доручення, комісія, схов, експедиція);

6) зобов'язання з перевезень (залізничних, морських, річ­кових, повітряних, автомобільних, морським та річковим буксируванням);

7) зобов'язання з кредитних розрахунків (позика, банків­ське кредитування, розрахунковий та поточний рахунки, роз­рахункові правовідносини, чек, вексель);

8) зобов'язання зі страхування (майнове та особисте стра­хування);

Див.: *Агарков М.М.* Обязательство по советскому праву. — М., 1940.— С. 116.

2 Див.: *Гордон М.В.* Система договоров в советском гражданском праве // Ученьїе записки Харьковского юридического инсти-гута. — 1954. — Вьіп. 5. — С. 65—87.

•і Див.: *Иоффе О.С.* Обязательственное право. — С. 24—25.

Загальна характеристика зобов'язальних правовідносин 17

9) зобов'язання за спільною діяльністю (спільна діяльність громадян, спільна діяльність організацій);

10) зобов'язання, що виникають з односторонніх правомір­них дій (публічна обіцянка винагороди, ведення чужих справ без доручення);

11) охоронні зобов'язання (зобов'язання, які виникають внаслідок заподіяння шкоди, рятування майна, безпідставно­го придбання або збереження майна).

Прибічники цієї класифікації зобов'язань звертали увагу на те, що вона відповідає меті передусім вивчення цих зобов'я­зань, тобто має науковий характер. Кожній з наведених груп зобов'язань властиві специфічні ознаки, а кожне окреме зобов'язання забезпечується особливим юридичним нор­муванням1.

Таким чином, межі будь-якої систематизації, ступінь її гли­бини та деталізації, спрямованість і визначеність критеріїв зумовлюються перш за все метою, з якою вона здійснюється.

Так, при побудові особливої частини зобов'язального пра­ва (розділ III книги п'ятої) були виділені договірні зобов'язання і окремо недоговірні. До першої групи віднесено купівлю-про­даж, дарування, ренту, довічне утримання, найом, найом житла, позичку, підряд, перевезення, зберігання, страхуван­ня, доручення, комісію, довірче управління майном, позику, кредит, банківський вклад, банківський рахунок, факторинг, розрахунки, франчайзинг та спільну діяльність; до недоговірних зобов'язань — публічне обіцяння винагороди, ведення чужих справ без доручення, запобігання загрозі шкоди чужо­му майну, рятування здоров'я та життя іншій особі, заподіян­ня шкоди, створення небезпеки (загрози) життю та здоров'ю фізичних осіб, а також їхньому майну та майну юридичних осіб.

Глава 2. Цивільно-правовий договір

**§ 1. Поняття, значення та функції договору в цивільному праві**

Однією з найпоширеніших підстав виник­нення зобов'язань закон називає договір (ч. 2 ст. 151 ЦК). Поняття договору розкривається через поняття угоди (пра-вочину), бо договір є одним із видів угод. Відповідно до ст. 41 ЦК України угодами визнаються дії громадян і організацій, спрямовані на встановлення, зміну чи припинення цивільних прав або обов'язків. Договори — це дво- або багатосторонні угоди.

Договором визнається угода двох чи більше осіб, яка спря­мована на встановлення, зміну чи припинення цивільних правовідносин.

Отже, договору як юридичному факту властиві такі ознаки:

1) в договорі виявляється воля не однієї особи (сторони), а двох чи кількох, причому волевиявлення учасників за своїм змістом повинно збігатися і відповідати одне одному; 2) дого­вір — це така спільна дія осіб, яка спрямована на досягнення певних цивільно-правових наслідків: на встановлення, зміну або припинення цивільних прав та обов'язків. Саме за цією ознакою цивільно-правовий договір відрізняється від договір­них форм, що використовуються в інших галузях права (тру­довому, екологічному тощо), набуваючи там певних специ­фічних рис.

Іноді під поняттям "договір" розуміють саме цивільні пра­вовідносини (зобов'язання), що виникли з договору як юри­дичного факту, або мають на увазі правовий документ, яким

Цивільно-правовий договір 19

зафіксовано факт виникнення договірного зобов'язання з волі його учасників. Отже, в конкретному аналізі юридичних явищ завжди слід розкривати їх сутність, встановити, зокре­ма, що розуміється під поняттям "договір" у тому чи іншому випадку,

Як юридичний факт договір належить до правомірних дій, що вчиняються з волі його учасників і спрямовуються на ви­никнення, зміну чи припинення цивільних прав або обов'яз­ків. Проте роль договору не обмежується тільки тим, що він впливає на динаміку цивільних правовідносин (породжує, змінює або припиняє їх), а й відповідно до вимог законодав­ства, звичаїв ділового обороту, вимог розумності та спра­ведливості визначає зміст конкретних прав та обов'язків учасників договірного зобов'язання. В цьому розумінні дого­вір виступає засобом регулювання поведінки сторін у цивіль­них правовідносинах.

У нинішніх умовах особливо зростає роль договору як універсальної та найдоцільнішої форми опосередкування то­варно-грошових відносин. У процесах роздержавлення і при­ватизації договору належить чільне місце серед форм, що використовуються для подолання монополії державної влас­ності (купівля-продаж державного майна через аукціони, кон­курси, біржі тощо).

Дедалі більшого поширення набуває договірний порядок створення певних комерційних структур: господарських това­риств, спільних підприємств з участю зарубіжних партнерів, господарських асоціацій та ін. Правовою основою утворення таких організацій *стає установчий договір. В* установчому до­говорі засновники зобов'язуються утворити юридичну особу, визначають порядок спільної діяльності по її створенню, умови передачі в її володіння, користування і розпорядження свого майна та участі в її діяльності. Договір визначає також умови і порядок розподілу між засновниками прибутку та збитків, управління діяльністю юридичної особи, виходу засновників з її складу тощо.

Перехід до ринкової економіки і саме функціонування рин­кового механізму можливі лише за умови, що основна маса товаровиробників— підприємств, громадян має свободу гос­подарської діяльності та підприємництва. Результати ж цієї діяльності реалізуються на ринку товарів і послуг на договір­них засадах. Перехід до ринку супроводжується звуженням

***20***

***Глава 2***

планово-адміністративного впливу держави на майнові відносини і, отже, розширюється свобода вибору партнерів у господарських зв'язках і визначення змісту договірних зобо­в'язань. Це стосується насамперед договорів, спрямованих на забезпечення потреб організацій та громадян у матеріаль­них, енергетичних, продовольчих ресурсах (купівля-продаж, поставка, контрактація, міна — бартер, постачання енергії тощо). Безумовно, не зменшується роль договорів майнового найму (оренди, лізингу, прокату та інших), за допомогою яких опосередковуються відносини по тимчасовому володінню і користуванню майном. Зростає значення і договорів підряд­ного типу, і про надання різного роду послуг громадянам та організаціям (побутовий підряд, про надання посередницьких послуг, на рекламу продукції тощо).

Із запровадженням патентної системи охорони прав на винаходи, корисні моделі і промислові зразки підвищується роль ліцензійних договорів як основної правової форми пере­дачі права на використання цих результатів технічної твор­чості. Договірна форма використовується і для відступлення виключного права на товарні знаки (знаки обслуговування), права на таємниці виробництва (ноу-хау). Розширення кола можливих об'єктів страхової охорони, до яких належать очікуваний прибуток, ризик підприємницької діяльності тощо, теж веде до урізноманітнення форм добровільного (договір­ного) страхування з конкуренцією страхових організацій. Отже, сфера застосування договору розширюється як у відносинах між юридичними особами, між останніми та гро­мадянами, так і між самими громадянами.

Розкриваючи значення договору, слід підкреслити і його функції як правового засобу регулювання товарно-грошових та інших майнових відносин. Поняття функції договору неод­нозначне визначається в юридичній науці. Так, В. Г. Вердни-ков під функцією господарського договору розумів вияв основних цілей використання договірної форми відносин між організаціями в галузі господарства, вияв головного призна­чення цього договору1. Вважаючи наведене визначення неприйнятним з ряду мотивів, 0.0. Красавчиков так форму-

) Див.: *Вердников В.Г.* Функция хозяйственного договора. — Трудьі ВЮЗИ. — М„ 1971. — Т. 21. — С. 83.

***21***

***Цивільно-правовий договір***

лював поняття функції цивільно-правового договору: функція договору — це не форма (вираз, вияв тощо), а певний вид дій (впливу) названого юридичного факту на суспільні відноси­ни1. Мабуть у функціях договору поєднуються і вияв головних цілей, основного призначення договору і його вплив на суспільні відносини, бо без використання цієї форми для кон­кретних правовідносин не може виявитися головне призна­чення цієї категорії.

Чітку класифікацію функцій цивільно-правового договору запропонував 0.0. Красавчиков2. На його думку, договору властиві такі загальні функції: ініціативна, програмно-коорди­наційна, інформаційна, гарантійна та захисна.

*Ініціативна функція* договору полягає в тому, що як ре­зультат погодження волі сторін договір є водночас актом вияву ініціативи і реалізації диспозитивності учасників дого­вору.

*Програмно-координаційна функція* означає, з одного бо­ку, що договір є своєрідною програмою поведінки його учас­ників один щодо одного, а з другого, — засобом координації цієї поведінки сторін на засадах рівності, диспозитивності та ініціативи.

*Інформаційна функція* виявляється в тому, що завдяки чіт­ко сформульованим умовам договір містить певну інформа­цію щодо наявних прав та обов'язків у сторін, яка в разі спору може бути врахована і юрисдикційним органом для правиль­ної кваліфікації взаємовідносин сторін і прийняття законного та обгрунтованого рішення з цього спору.

*Гарантійна функція* зводиться до залучення для стимулю­вання належного виконання зобов'язань системи забезпечу­вальних засобів, які також набувають договірної форми (за­стави, завдатку, гарантії, поруки, неустойки тощо).

Нарешті, *захисна функція* полягає в тому, що завдяки до­говору включається в дію механізм захисту порушених прав шляхом примусу до виконання обов'язку в натурі, відшко­дування збитків, застосування заходів оперативного впливу тощо.

Див.: *Красавчиков О.А.* Гражданско-правовой договор: понятие, со-держание, функции: Сб. Гражданско-правовой договор й его функции. — Свердловск, 1980. — С. 16.

2 Там само. — С. 16—20.

***22***

***Глава 2***

Зазначені функції об'єднуються більш загальною — *регу­лятивною функцією* договору як правового засобу регулю­вання правомірної поведінки учасників цивільних право­відносин.

**§ 2. Система цивільних договорів**

Цивільно-правовими договорами опосе­редковуються відносини у різних сферах діяльності громадян і юридичних осіб. Юридичне оформляючи і закріплюючи суспільні, передусім економічні, зв'язки суб'єктів, надаючи цим зв'язкам рис стабільності і визначеності, цивільно-пра­вові договори, взяті в цілому, являють собою єдину систему, окремі частини якої тісно пов'язані між собою і взаємодіють.

У літературі з системного підходу і теорії систем до ви­значення системи підходять як до відмежованої множинності взаємодіючих елементів. Система цивільно-правових дого­ворів як єдина система зі складними взаємозв'язками її елементів характерна як внутрішньою єдністю, так і диферен­ціацією договірних відносин, що зумовлена особливостями конкретних майнових відносин, опосередкованих догово­рами.

Наукову класифікацію договорів можна проводити за різ­ними ознаками (критеріями) залежно від цілей, які при цьому ставляться. Класифікація договорів має сприяти глибшому з'ясуванню їх природи і змісту, виявленню властивих їм спільних рис та особливостей, дальшому вдосконаленню за­конодавства про договори.

Оскільки договір є різновидом угоди, то поділ договорів на окремі групи можна проводити за тими самими критеріями, що й поділ угод: консенсуальні та реальні, сплатні та без­оплатні, абстрактні та казуальні тощо1. Але договорам, на відміну від односторонніх угод, властиві й певні особливості, зумовлені зустрічним характером волевиявлень учасників, тому в основу поділу договорів можна покласти нові критерії.

' Див.: Загальна теорія цивільного права. — **К.,** 1992. — С. 140—143.

Цивільно-правовий договір 23

За ознакою розподілу прав та обов'язків між сторонами у зобов'язанні, що виникло з договору, виділяють односторонні та двосторонні договори. За *одностороннім* договором одна сторона має лише суб'єктивні права, а друга — лише суб'єктивні обов'язки. Наприклад, за договором позики одна сторона (позикодавець) має право вимагати повернення переданих другій стороні (позичальникові) у власність грошей або речей, визначених родовими ознаками, а позичальник зобов'язаний повернути позикодавцеві таку саму суму або рівну кількість речей того самого роду і якості (ст. 374 ЦК). Односторонніми є договори дарування, безоплатного ко­ристування майном тощо. *Двостороннім є* договір, за яким права та обов'язки покладено на обидві сторони зобов'язан­ня, що виникло з цього договору. Переважна більшість договорів у цивільному праві є двосторонніми (купівля-про­даж, оренда, комісія тощо).

Залежно від послідовності (етапності) досягнення цілей, які ставлять перед собою сторони, вступаючи у договірні зв'язки, договори можна поділити на попередні та основні. У практиці ділового спілкування часто ведуться переговори або листу­вання між суб'єктами господарювання з приводу створення у майбутньому нових ринкових структур або проведення якихось спільних господарських заходів. Такі ділові стосунки нерідко оформляються попереднім договором або протоко­лом про наміри тощо. За *попереднім* договором сторони зобов'язуються у певний строк укласти в майбутньому договір на умовах, передбачених попереднім договором. У цьому договорі визначається й порядок погодження істотних умов майбутнього договору, які не передбачені попереднім договором.

*Основним* вважається такий договір, укладення якого передбачене попереднім договором. Хоч істотні умови основного договору названі у попередньому договорі, але вони мають бути узгоджені сторонами при укладенні основ­ного договору. Сторона, яка необгрунтоване ухиляється від укладення основного договору, повинна відшкодувати другій стороні збитки, зумовлені простроченням, якщо інше не передбачено попереднім договором або законодавчими актами. Зобов'язання, передабчені попереднім договором, припиняються, якщо до закінчення строку, протягом якого має бути укладений основний договір, цей договір не буде

***24 Глава 2***

укладений або жодна із сторін не направить другій стороні пропозицію про його укладення. Договір (протокол) про наміри, в якому не виявлено прямо волі сторін надати йому силу попереднього договору, не породжує цивільно-правових наслідків.

Залежно від того, на чию користь обумовлено виконання зобов'язань за договором, — на користь сторін по договору чи третіх осіб, які не беруть участь в укладенні договорів, останні можна поділити на дві групи. Першу, найбільш поши­рену групу становлять договори, в яких виконання здій­снюють *взаємно самі сторони без участітретіх осіб.* У цих до­говорах обумовлюється виконання сторонами їхніх взаємних зобов'язань одної на користь другої (наприклад, продавець на користь покупця тощо). У договорах другої групи виконання зобов'язання обумовлюється *на користь третьої особи* (ст. 160 ЦК). Коли особа, яка уклала договір, обумовила вико­нання зобов'язання, що виникло з договору, третій особі, то, якщо інше не передбачено в договорі і не випливає з його змісту, виконання може вимагати як сторона за договором, так і третя особа, на користь якої виговорено виконання. Якщо третя особа відмовилася від права, наданого їй за до­говором, то особа, що уклала договір, може скористатися цим правом, коли це не суперечить змістові договору. Прикладом договору на користь третьої особи може бути договір зміша­ного страхування життя, за яким страхова сума у разі смерті громадянина (застрахованої особи) виплачується зазначеній у договорі третій особі — вигодонабувачеві).

Класифікацію цивільно-правових договорів можна здійсню­вати і за належністю їх до певного типу, виду (різновиду) або змішаного договору. На думку О.С. Йоффе, *договірний тип* виділяється специфікою матеріальних відносин, що опосеред­ковуються договором, або колом юридичних умов, об'єктив­но необхідних для утворення даного договірного зобов'я­зання. Коли ж договори подібні як за покладеними в їх основу матеріальними відносинами, так і за істотними умовами, вони співвідносяться між собою як *різновиди* одного і того ж договірного типу. Якщо ж укладений договір опосередковує два або кілька різнорідних відносин та об'єднує умови, об'єк­тивно необхідні для формування зобов'язань різних типів, він

Цивільно-правовий договір 25

стає *змішаним* договором1. Так, договори побутового підряду і на виконання проектно-розвідувальних робіт об'єднуються як різновиди одним підрядним типом договору, бо спрямову­ються на передачу результатів робіт. Змішаним договором, у якому містяться елементи договорів різних типів, є, зокрема, договір оренди майна з правом його викупу. До відносин сто­рін у змішаному договорі застосовуються у відповідних ча­стинах законодавчі акти про договори, елементи яких є у змі­шаному договорі, якщо інше не випливає з угоди сторін або суті змішаного договору.

Групування договорів можливе і за тими правовими наслідками, створення яких домагаються учасники відносин2. Якщо проаналізувати систему чинного ЦК України, то можна зробити висновок, що розміщення договірних інститутів у ньому (підрозділ II розділу III, глави 20—38) здійснено за озна­ками, які характеризують юридичні наслідки укладення окремих договорів. Поклавши в основу зазначений критерій, можна виділити такі групи цивільно-правових договорів:

1) договори про передачу майна у власність, повне госпо­дарське відання або оперативне управління (купівля-продаж, поставка, контрактація, позика, міна, дарування, постачання енергетичних ресурсів тощо);

2) договори про передачу майна у тимчасове користуван­ня (майновий найом, оренда, житловий найом, побутовий прокат, безоплатне користування майном, лізинг тощо);

3) договори про виконання робіт (побутовий підряд, підряд на капітальне будівництво, на виконання проектних і розвіду­вальних робіт, на виконання аудиторських робіт тощо);

4) договори про передачу результатів творчої діяльності (авторські, ліцензійні договори, договори про передачу науко­во-технічної продукції тощо);

5) договори про надання послуг (перевезення, страхуван­ня, доручення, комісія, схов, про посередницькі послуги, довічне утримання, кредитний договір тощо);

6) договори про спільну діяльність (установчий договір, угоди про науково-технічне співробітництво тощо).

' Див.: *Иоффе О.С* Обязательственное право. — С. 37—38. 2 Див.: *Гордон М.В* Радянське цивільне право. — Харків, 1966. • С.5—6.

26 Глава 2

Зрозуміло, що навіть у межах кожної окремої групи дого­ворів дається лише приблизний перелік деяких видів догово­рів, бо відповідно до ч. 2 ст. 4 ЦК України цивільні права та обов'язки виникають як з угод (договорів), передбачених за­коном, так і з угод, які хоч і не передбачені законом, але йому не суперечать.

Здійснення підприємництва як самостійної, ініціативної, систематичної, на власний ризик діяльності підприємця по виробництву продукції, виконанню робіт, наданню послуг або заняттю торгівлею з метою одержання прибутку неминуче пов'язано з використанням договору як правової форми, якою опосередковується реалізація на еквівалентних засадах результатів цієї діяльності. Суб'єктам підприємництва дово­диться укладати різні за своїм характером договори, які регу­люються як нормами ЦК України, так і інших нормативних актів (купівлі-продажу, поставки, перевезення, лізингу, кон­сигнації, банківського кредиту тощо).

У законодавстві (статті 10 і 11 Арбітражного процесуально­го кодексу України), судовій та арбітражній практиці і літера­турі широко використовується поняття "господарський" або "комерційний" договір1. Характерними рисами господар­ського договору раніше вважали: 1) особливий суб'єктний склад — обома сторонами договору або хоч би однією з них є господарська організація; 2) плановий характер договору, зумовлений тим, що підставою його укладення е планове зав­дання (акт), яке є обов'язковим для обох чи однієї із сторін;

3) договір, спрямований на безпосереднє обслуговування основної діяльності господарської організації.

До господарських відносили і непланові договори, якщо вони були однотипні з плановими і підпорядковувалися тако­му самому законодавчому режиму (наприклад, поставка, контрактація, перевезення тощо) або вступ у договірні відно­сини прямо був передбачений законом (наприклад, укладен­ня договору на експлуатацію залізничних під'їзних колій).

Безумовно, в сучасних умовах деякі ознаки господарсько­го договору, окреслені нами, потребують уточнення. Зокре­ма, суб'єктами господарських відносин є не лише юридичні особи (організації), а й громадяни, які у встановленому по-

Див.: *Дашков Л.П., Брчзгапін А.В.* Комерційний договір: віл укладення до виконання. — К„ 1996.

***27***

***Цивільно-правовий договір***

рядку здійснюють підприємницьку діяльність, договори з участю зазначених осіб є переважно неплановими.

У проекті нового ЦК України з'являється поняття під­приємницького договору, хоч і не розкривається його сут­ність. Зокрема, в ст. 55 передбачено, що суд може за заявою дружини, повнолітніх дітей, батьків обмежити фізичну особу в праві займатися підприємництвом, якщо вона діє нерозваж­ливо, як марнотратник. У разі задоволення такої заяви суд призначає над цією особою піклувальника. Особа, обмежена у праві займатися підприємництвом, може укладати під­приємницькі договори лише за згодою піклувальника. Про ці ж договори йдеться і в ч. З ст. 54 ЦК України, хоч вони і не називаються прямо підприємницькими. Так, якщо фізична особа почала підприємницьку діяльність без державної реєстрації, уклавши відповідні договори, вона не має права оспорювати ці договори, оскільки не є підприємцем. Суд при вирішенні спору може застосовувати до таких договорів правила про зобов'язання, які пов'язані з підприємницькою діяльністю, зокрема поклавши на підприємця відповідальність за порушення зобов'язання і за відсутності його вини (за винятком дії непереборної сили), як це передбачено ст. 640

проекту ЦК України.

У підприємницькому договорі поєднуються як загальні ознаки, властиві всякому цивільно-правовому договору, так і особливі риси, які можна звести до таких.

По-перше, суб'єктами цього договору є юридичні або фізичні особи, зареєстровані у встановленому порядку як суб'єкти підприємницької діяльності.

По-друге, зміст підприємницького договору становлять умови, за якими передаються товари, виконуються роботи або надаються послуги з метою здійснення підприємницької діяльності або з іншою метою, не пов'язаною з особистим (сімейним, домашнім) споживанням. Прикладом такого дого­вору може бути договір міжнародної купівлі-продажу. Віден­ська конвенція 00Н про договори міжнародної купівлі-прода­жу товарів 1980 р. (статті 1 і 2) застосовується до договорів купівлі-продажу між сторонами, комерційні підприємства яких розміщені у різних державах, коли ці держави є учас­никами конвенції або коли згідно з нормами міжнародного приватного права до них застосовується право держави, що домовляється. Проте ця конвенція не застосовується до про-

***28***

Глава 2

дажу товарів, які набуваються для особистого, сімейного або домашнього використання, за винятком випадків,коли прода­вець у будь-який час до чи в момент укладення договору не знав і не повинен був знати, що товари набуваються для та­кого використання.

По-третє, для деяких видів підприємницьких договорів, зокрема зовнішньоекономічних контрактів або біржових угод, може встановлюватися окремий порядок їх укладення (підпи­сання), обліку та реєстрації.

По-четверте, певні особливості можуть характеризувати порядок виконання або умови відповідальності сторін за під­приємницьким договором (наприклад, відповідальність підприємця незалежно від його вини).

Враховуючи наведені міркування, господарським (під­приємницьким) можна вважати такий цивільно-правовий договір, в якому обома сторонами або хоч би однією з них є юридичні чи фізичні особи — підприємці і за яким передають­ся товари, виконуються роботи або надаються послуги з метою здійснення підприємницької діяльності або для інших цілей, не пов'язаних з особистим (сімейним, домашнім) споживанням. Господарські договори ми знаходимо в усіх за­значених вище шести групах цивільно-правових договорів, виділених за юридичними наслідками укладення кожного окремого договору.

Серед господарських договорів окремо можна виділити *біржові угоди* (договори), їх ще називають біржовими опера­ціями. Відповідно до ст. 15 Закону України "Про товарні біржі" біржовою операцією визнається угода, яка відповідає сукуп­ності таких умов: а) якщо вона являє собою купівлю-продаж, поставку або обмін товарів, допущених до обороту на товар­ній біржі; б) якщо її учасниками є члени біржі; в) якщо вона подана до реєстрації і зареєстрована на біржі не пізніше на­ступного за її вчиненням дня.

Правилами біржової торгівлі, які приймаються загальними зборами членів біржі або біржовим комітетом, можуть бути передбачені різні види біржових угод. Розрізняють, зокрема:

а) *форвардні угоди —* це угоди на товари, які передаються продавцем покупцеві на певних умовах з розрахунками у встановлений договором строк у майбутньому;

б) *угоду з гарантією,* за якою один контрагент виплачує другому в момент її укладення наперед визначену суму, що

Цивільно-правовий договір 29

гарантує виконання ним своїх обов'язків. Якщо суму, що га­рантує угоду, вносить покупець, вона оформляється як "угода з гарантією на покупку", а якщо цю суму вносить прода­вець *—* як "угода з гарантією на продаж";

в) *угоди з кредитом —* це угоди, за якими товар набуває-ться брокером (брокерською конторою) за рахунок банків­ського кредиту з наступною реалізацією його в порядку біржового торгу;

г) *угоди з премією —* це угоди, за якими сторони наперед обумовлюють приплату до купівельної ціни або знижки з про­дажної ціни;

д) *угоди з правом продавця або покупця змінити кількість* товару, який продається (поставляється), тобто вдвічі або в кілька разів збільшити обсяг порівняно з кількістю, зазначе­ною в угоді;

е) ф*'ючерсніугоди,* що укладаються не лише з метою купівлі або продажу, а й для хеджирування (страхування) можливих збитків, пов'язаних з укладенням угоди на поставку товару в обумовлений угодою час. Такі угоди можуть виконуватися шляхом сплати різниці в цінах на день укладення і день фактичного розрахунку. На біржах укладаються й інші госпо­дарські договори.

**§ 3. Зміст і тлумачення договору**

Зміст договору як спільного юридичного акта сторін становлять, по-перше, умови, щодо яких вони дійшли згоди і, по-друге, ті умови, які приймаються ними як обов'язкові на основі чинного законодавства. Іншими слова­ми, зміст договору— це ті умови, на яких укладена відповідна угода сторін. Якщо договір оформлено письмово у вигляді одного документа, підписаного сторонами, або шляхом обмі­ну листами, то відповідні умови фіксуються в пунктах догово­ру, в яких можуть міститися і посилання на норми чинного у цій сфері законодавства. Оскільки договір є підставою виник­нення цивільно-правового зобов'язання, то зміст цього зобо­в'язання розкривається через права та обов'язки його учасників, визначені умовами договору.

***зо***

Глава 2

Відповідно до ст. 153 ЦК України договір вважається укла­деним, коли між сторонами в потрібній у належних випадках формі досягнуто згоди за всіма істотними умовами. Істотними є ті умови договору, які визнані такими за законом або необхідні для договорів даного виду, а також усі ті умови, щодо яких за заявою однієї зі сторін має бути досягнуто згоди.

Отже, *істотними* вважаються насамперед ті умови догово­ру, які названі такими за законом. Коло таких умов можна визначити, проаналізувавши норми ЦК України і спеціальних нормативних актів, що регулюють даний вид договірних відносин. Так, за ст. 10 Закону України "Про оренду держав­ного і комунального майна" істотними умовами договору оренди є об'єкт бренди (склад і вартість майна); строк дії до­говору; орендна плата з урахуванням її індексації, порядок використання амортизаційних відрахувань; відновлення орендованого майна та умови його повернення; виконання зобов'язань; відповідальність сторін.

Істотними є й ті умови договору, які прямо не названі такими у нормативних актах, але конче потрібні для договору даного виду (наприклад, умова про ціну є необхідною для будь-якого сплатного договору). Бажано, щоб у законі була закріплена презумпція, що договір вважається сплатним, якщо інше не випливає із законодавчих актів, угоди сторін або суті договору.

Якщо сторони досягли згоди за всіма істотними умовами, які визнані такими законом або необхідні для договорів дано­го виду, то договір вважається укладеним і набуває обов'яз­кової сили для сторін. Проте кожна із сторін може наполягати на узгодженні й таких умов, які в законі прямо не названі істотними і за своїм характером не є необхідними для даного виду договору. Було б нерозумно ігнорувати ці умови, бо за ними іноді криються важливі інтереси суб'єктів цивільних правовідносин. Тому в ч.-2 ст. 153 ЦК України до істотних віднесено й усі ті умови, щодо яких за заявою однієї зі сторін має бути досягнуто згоди.

Серед договірних умов, крім істотних, виділяють також зви­чайні та випадкові умови. *Звичайні—* це ті умови, які перед­бачаються у законі чи іншому нормативному акті і стають обов'язковими для сторін внаслідок факту укладення догово­ру. Від істотних звичайні умови відрізняються тим, що вони не потребують окремого погодження і про них не обов'язково

***31***

Цивільно-правовий догов1р\_

застерігати у тексті договору. Наприклад, якщо в договорі майнового найму сторони не обумовили, хто з них — наймо-давець чи наймач — провадитиме поточний ремонт зданого в найом майна, то діятиме диспозитивне правило, зазначене в п. 4 ст. 265 ЦК України, а саме: обов'язок проводити за свій рахунок поточний ремонт покладається на наймача.

*Випадковими* прийнято вважати такі умови договору, які погоджені сторонами у відступ від положень диспозитивних норм або з метою вирішення питань, що взагалі не врегульо­вані законодавством. Тому випадкові умови можна виявити при порівнянні їх "із звичайними умовами: якщо якусь умову включено у договір на зміну чи доповнення до правил, викла­дених у законодавчому акті, то порівняно із звичайно при­йнятими в договорах даного виду умовами вона виявиться випадковою. Наприклад, якщо за договором майнового найму обов'язок проводити поточний ремонт майна покладе­но на наймодавця, то ця умова для даного конкретного дого­вору вважатиметься випадковою. Всі умови — істотні, звичайні, випадкові — після укладення договору стають одна­ково обов'язковими і мають додержуватися сторонами.

Нерідко буває так, що після укладення договору приймає­ться законодавчий акт, який передбачає інші правила, ніж ті, що ними керувалися сторони при укладенні договору, і ці нові правила погіршують становище однієї чи обох сторін догово­ру. В Законі України "Про оренду майна державних підпри­ємств та організацій" (п. З ст. 11) на цей випадок передбаче­но, що умови договору оренди зберігають свою силу на весь строк дії договору і тоді, коли після його укладення законодав­ством установлено правила, які погіршують становище орен­даря. Але це положення стосується лише орендних відносин і не поширюється на інші види договорів. Доцільно було б мати норму загального характеру про те, що коли після укладення договору новий законодавчий акт передбачає інші правила, ніж ті, що ними керувалися сторони при укладенні договору, умови раніше укладеного договору зберігають чинність.

Зміст договору, тобто сукупність передбачених у ньому умов, завжди визначається угодою сторін. Проте воля і волевиявлення учасників договору формуються насамперед під впливом приписів норм права, які містять абстрактну мо­дель взаємовідносин сторін. Договір же є індивідуальним пра­вовим актом, у якому абстрактна модель стосунків осіб,

32 Глава 2

окреслена в загальних рисах у законі, наповнюється конкрет­ним змістом, набирає своєї плоті і крові. Ось чому в договорі немає потреби дублювати положення, які є звичайними і передбачені у відповідних нормативних актах (наприклад, про відповідальність за порушення умов договору), оскільки сто­рони повинні керуватися ними незалежно від того, включені вони в договір чи ні.

На визначення змісту договорів можуть впливати і адмі­ністративні акти, зокрема державні замовлення. Так, на заку­півлю сільськогосподарської продукції для задоволення дер­жавних потреб видаються держзамовлення, відповідно до яких укладаються договори контрактації або поставки (держ­контракти). Оскільки держзамовлення є обов'язковими для державних підприємств (товаровиробників), то й зміст дого­ворів, що укладаються на їх основі, має відповідати цим за­мовленням. Обов'язкову силу мають також акти прикріплен­ня покупців до постачальників при укладенні ними договорів на поставку товарів за міждержавними (у межах СНД) еконо­мічними зв'язками.

У визначенні змісту договорів, які укладаються між орга­нізаціями або між організаціями і громадянами, важлива роль належить типовим або зразковим договорам. Зазначені у цих договорах умови вважаються зразковими. *Типові або зразкові договори* є передусім уніфікованим засобом (взір­цем), що забезпечує однакове оформлення конкретних дого­вірних відносин. Крім того, типовий договір — це своєрідний нормативно-правовий акт, який заповнює правове регулю­вання певної сфери господарських відносин через недо­статнє врегулювання їх актами вищої юридичної сили.

Типові або зразкові договори часто використовують при укладенні так званих публічних договорів та договорів про приєднання. Публічний договір є узагальненим поняттям договорів, що укладаються у різних сферах обслуговування громадян і юридичних осіб (роздрібна торгівля, перевезення транспортом загального користування, послуги зв'язку, медичне, готельне, банківське обслуговування тощо).

*Публічним* визнається договір, у якому однією із сторін є підприємець, що взяв на себе обов'язок здійснювати продаж, виконання робіт або надання послуг кожному, хто до нього звертається. При цьому ціна товарів (робіт, послуг) та інші умови публічного договору встановлюються однакові для всіх

Цивільно-правовий договір 33

споживачів, крім випадків, коли законодавчими актами до­пускається надання пільг для окремих категорій споживачів. Підприємець не повинен надавати переваги одній особі перед іншою щодо укладення публічного договору, крім випадків, передбачених законодавчими актами. Відмова підприємця від укладення публічного договору за наявності у нього можливостей надати споживачеві відповідні товари або пос­луги не допускається. Затверджуючи правила, що є обов'язковими або рекомендуються сторонам при укладенні та виконанні публічних договорів (типові або зразкові дого­вори, положення тощо), відповідні державні органи певною мірою забезпечують відповідність змісту конкретних догово­рів чинному законодавству (ст. 665 проекту ЦК).

*Договором про приєднання* визнається договір, умови якого визначені однією із сторін у формулярах або інших стандартних формах і можуть бути прийняті другою стороною не інакше, як шляхом приєднання до запропонованого дого­вору в цілому. Сторона, яка приєдналася до договору, може вимагати розірвання або зміни договору і відшкодування заподіяних їй збитків, якщо договір про приєднання, хоч і не суперечить законодавчим актам, але позбавляє цю сторону звично надаваних їй прав, виключає або обмежує відпові­дальність другої сторони за порушення зобов'язань або містить інші явно обтяжливі умови для сторони, яка приєдна­лася до договору. При цьому вважається, що сторона, яка приєдналася, виходячи із своїх розумних інтересів, не прийняла б цих умов за наявності у неї можливості брати участь у визначенні умов договору. Якщо вимоги щодо зміни або розірвання договору пред'явила сторона, що приєднала­ся до договору у зв'язку із здійсненням своєї підприємницької діяльності, сторона, яка надала договір для приєднання, може відмовити у задоволенні цих вимог, якщо доведе, що сторона, яка приєдналася, знала або повинна була знати, на яких умо­вах укладає договір (ст. 666 проекту ЦК).

При укладенні договорів, а найчастіше при їх виконанні і вирішенні спорів, пов'язаних з порушенням договірних зобов'язань, виникає потреба у з'ясуванні змісту договору в цілому або окремих його умов, тобто в *тлумаченні* договору. Дореволюційне російське цивільне законодавство передба­чало можливість буквального тлумачення договору, коли його зміст визначався із словесного значення термінів,

2 О. Дзера

***34 Глава 2***

навіть якщо із всіх обставин було видно, що зміст договору не відповідає справжнім намірам контрагентів. І лише в разі важливого сумніву, викликаного словесним розумінням, за­конодавство давало право суду з'ясувати зміст договору, виходячи з намірів сторін та їх доброї совісті. На відміну від російського, французьке законодавство встановило головне правило тлумачення договорів — виходячи із загального наміру сторін1.

У чинному цивільному законодавстві немає положень, які б визначали підходи до тлумачення договорів. Зокрема, суди, розглядаючи спори, виходять з норм Цивільно-процесуально­го кодексу, які зобов'язують їх до всебічного з'ясування дійсних прав і відносин сторін, до встановлення справжнього змісту тексту договору, поданого сторонами до розгляду.

Оскільки договір набирає щораз більшої ваги в регулюванні відносин ринкової економіки і потреба у тлумаченні догово­рів самими сторонами або органами, які покликані вирішува­ти цивільно-правові спори, виникає дедалі частіше, доцільно помістити в новому ЦК України норму про тлумачення угод (договорів). Відповідно до ст. 204 проекту ЦК України зміст правочину можуть тлумачити самі сторони. На вимогу однієї або обох сторін суд може винести рішення про тлумачення правочину. При цьому береться до уваги пряме тлумачення спів, що їх використовують сторони. Якщо буквальне значен­ня слів не дає змоги з'ясувати зміст окремих частин право-чину, цей зміст встановлюється порівнянням відповідної час­тини правочину з усім його змістом. Якщо за такими прави­лами немає можливості встановити справжню волю особи, що вчинила правочин, до уваги береться мета правочину, зміст попередніх переговорів, усталена практика відносин між сторонами, звичаї ділового обороту, подальша поведінка сторін та інші обставини, що мають істотне значення.

Умови договору тлумачать за тими самими правилами, що й угоди, але при цьому можуть враховуватися взірцеві умови (зразкові договори), якщо навіть у конкретному договорі і немає посилання на ці умови (ст. 669 проекту ЦК).

Див.: *Шершенавич Г.Ф.* Учебник русского гражданского права. — Казань, 1992. — С. 445-446.

***Цивільно-правовий договір 35***

§ 4. Укладення, зміна та розірвання договору

Оскільки договір є спільним юридичним актом двох чи кількох осіб, погодження ними умов договору проходить принаймні дві стадії: шляхом пропозиції однієї сто­рони укласти договір, яка має назву *оферти,* і прийняття про­позиції другою стороною, або *акцепту.* Відповідно сторона, яка зробила пропозицію, називається *оферентом,* а сторона, яка прийняла її, — *акцептантом.*

Загальний порядок укладення цивільно-правових догово­рів визначено в статтях 153—159 ЦК України. Порядок укла­дення господарських договорів між юридичними особами і врегулювання між ними переддоговірних спорів відображено в ст. 10 Арбітражного процесуального кодексу. Існують певні особливості укладення біржових угод (договорів), проведення торгів на аукціонах, у порядку конкурсу тощо.

Для того, щоб вступити в договірні відносини, один із учасників повинен виявити ініціативу, тобто виступити з про­позицією укласти договір (офертою). Але чи всяка ініціатива (пропозиція) може вважатися офертою і породжувати певні юридичні наслідки для особи, що її зробила? Чинний ЦК України не містить ознак оферти, хоч вони можуть бути виве­дені з загальних положень цивільного законодавства шляхом докгринального тлумачення.

*Офертою* визнається пропозиція укласти договір, яка ад­ресована одній чи кільком особам, містить вказівку на істотні умови договору і виражає намір особи, яка зробила пропози­цію, вважати себе зв'язаною договором у разі її прийняття. Отже, оферта характеризується такими рисами: по-перше, вона адресується конкретно одній чи кільком особам. Коли пропозиція розрахована на невизначене коло осіб (на­приклад, у рекламах), то вона розглядається як запрошення до оферти, якщо інше прямо не зазначено в цій пропозиції. По-друге, оферта має містити вказівку на істотні умови май­бутнього договору, тобто ті. що визнані такими за законом, або необхідні для договорів даного виду, або в погодженні яких зацікавлений оферент. По-третє, пропозиція виражає твердий намір оферента вважати себе зв'язаним договором 2\*

36 Глава 2

*і* запропонованими умовами в разі їх прийняття (акцепту) другою стороною.

Оферта може бути зроблена із зазначенням або без за­значення строку для відповіді. Пропозицію укласти договір можна змінити або взагалі відкликати (скасувати), але не пізніше, як до моменту або в момент її одержання адресатом. У цьому разі раніше зроблена оферта втрачає свою значи­мість, отже, і не зв'язує оферента. Оферта, яку одержав адре­сат, не може бути відкликана протягом строку для її акцепту, якщо інше не застережено в самій оферті або не випливає із суті пропозиції чи з обстановки, в якій вона зроблена.

Відповідь особи, якій адресовано оферту, про прийняття нею пропозиції визнається *акцептом.* Акцепт має бути пов­ним і безумовним. Це означає, що акцептант повністю по­годжується із запропонованими умовами договору і пові­домляє про це оферента. Якщо пропозицію укласти договір зроблено із зазначенням строку для відповіді, то договір вважається укладеним за умови, що особа, яка зробила про­позицію, одержала від другої сторони відповідь про прийняття пропозиції протягом цього строку (ст. 155 ЦК).

У пропозиції укласти договір, яка адресується другій сто­роні, строк для відповіді може й не зазначатись. У цьому разі укладення договору залежить від того, в якій формі зроблено пропозицію — усній чи письмовій. Коли оферта зроблена усно, без зазначення строку для відповіді, договір вважається укладеним, якщо друга сторона негайно заявила оферентові про прийняття нею пропозиції. Якщо ж таку пропозицію зроб­лено в письмовій формі, договір вважається укладеним, коли відповідь про прийняття пропозиції одержано протягом нор­мально-необхідного для цього часу (ст. 156 ЦК). При цьому враховуються встановлені строки для пробігу кореспонденції певного виду в обидва кінці.

Іноді замість відповіді про прийняття пропозиції укласти договір контрагент у встановлений для акцепту строк вчиняє дії по виконанню зазначених в оферті умов договору:

відвантажує товари, надає послуги, сплачує відповідні суми тощо. Такі дії слід вважати акцептом, якщо інше не передба­чено законодавчими актами або не зазначно в оферті. Вчинення таких конклюдентних дій означає і згоду на укла­дення договору, і водночас його виконання. Як і оферта, ак­цепт може бути відкликаний акцептантом і втратити чинність,

***37***

Цивільно-правовий договір

якщо повідомлення про його скасування оферент одержав до моменту або в момент одержання самого акцепту. В разі від­кликання акцепту або неодержання відповіді від акцептанта протягом встановленого для цього часу оферент вважається вільним від тих обов'язків, що пов'язані з раніше зробленою ним пропозицією.

Проте, як бути з відповіддю на пропозицію, яка була від­правлена своєчасно, але з вини органів зв'язку або з інших причин надійшла до оферента із запізненням? Адже закінчен­ня строку для відповіді та її відсутність оферент міг розцінити як відмову від пропозиції, і буває, що він уже уклав договір з іншою особою. З другого боку, акцептант, упевнений у тому, що своєчасно відправлену відповідь оферент вже одержав, міг приступити до виконання договору і зробити певні витра­ти. Відповідно до ст. 157 ЦК України, якщо з одержаної із запізненням відповіді про згоду укласти договір видно, що відповідь було надіслано своєчасно, вона визнається такою, що запізнилася, лише в тому разі, коли оферент негайно повідомить другу сторону про одержання відповіді із запізненням. У цьому разі запізніла відповідь вважається новою пропозицією. Якщо ж такого повідомлення оферент не зробить, то він повинен виконати укладений договір, або від­шкодувати збитки, заподіяні акцептантові у зв'язку з невико­нанням договору. Оферент може підтвердити чинність раніше зробленої пропозиції і в тому разі, коли відповідь на неї запізнилася.

Як відзначалося, акцепт має бути повним і безумовним, і тільки тоді він свідчитиме про згоду сторін щодо істотних умов договору

Але нерідко, погоджуючись у принципі укласти договір, друга сторона висуває свої умови або пропонує укласти інший за характером договір. Згода, яка супроводжується за­стереженнями та контрпропозиціями, не може вважатися ак­цептом. Тому згідно з ч. 1 ст. 158 ЦК України відповідь про згоду укласти договір на інших, ніж було запропоновано, умо­вах визнається відмовою від пропозиції і в той же час є новою пропозицією. Сторони в цьому разі міняються місцями: ак­цептант стає оферентом, а оферент — акцептантом, бо на нову пропозицію потрібна згода колишнього оферента. Пере­говори або обмін листами між сторонами можуть тривати

38 Глава 2

довго і завершитись або досягненням згоди щодо умов дого­вору, або не дати бажаного результату.

Важливим є встановлення моменту, з якого договір вва­жається укладеним. Визначити цей момент можна на основі аналізу статей 155 і 156 ЦК України. Договір вважається укладеним у момент одержання акцепту особою, яка напра­вила оферту. Якщо ж для укладення договору, крім згоди сторін, потрібна передача майна або вчинення іншої дії (реальний договір), то він вважається укладеним з моменту передачі відповідного майна або вчинення певної дії.

Договір укладається в певній формі: усній, письмовій чи шляхом вчинення конклюдентних дій (ст. 42 ЦК). Коли сторо­ни домовились укласти договір у певній формі, він вважається укладеним з моменту надання йому обумовленої форми, хоч би за законом для даного виду договорів ця форма і не була передбачена. Якщо згідно із законом або угодою сторін договір має бути укладений у письмовій формі, він може бути укладений як шляхом складання одного документа, так і шля­хом обміну листами, телеграмами, телефонограмами та ін., підписаними стороною, яка їх надіслала. У передбачених за­коном випадках договір може бути укладений шляхом прийняття до виконання замовлення (ст. 154 ЦК). У нинішніх умовах розширилися технічні можливості вияву волі сторін на укладення договору, зокрема за допомогою факсимільного, електронного чи іншого зв'язку. Можливе використання й інших засобів оформлення договірних відносин, які дають можливість достовірно встановити, що документ виходить вщ сторони за договором.

Певні відмінності від зазначеного загального порядку має укладення господарських договорів між юридичними осо­бами. Чинне цивільне законодавство виходить з вимоги письмового оформлення угод (договорів), що укладаються між організаціями (н. 1 ст. 44 ЦК). Ініціативу в укладенні до­говору може виявити будь-яка сторона. При цьому скпа-цається проект договору або лист (телеграма, телефоногра­ма тощо), які виконують роль пропозиції укласти договір (оферти). Найчастіше це здійснює постачальник, підрядчик тощо, які в широкому розумінні є поспугонадавачами.

У деяких видах господарських відносин складанню проекту договору передують так звані *переддоговірні контакти,* коли, наприклад, замовник передає підрядчикові необхідну проек-

Цивільно-правовий договір 39

тно-кошторисну та іншу документацію для здійснення капі­тального будівництва, а проектантові — вихідні дані для про­ектування тощо.

Одержавши проект договору у двох примірниках, друга сторона розглядає його, в разі згоди із запропонованими умовами договору підписує його і один примірник надсилає оферентові. У цьому випадку договір вважається укладеним. За наявності заперечень по умовах договору підприємство чи організація, яка одержала проект договору, складає *протокол розбіжностей,* про що робить застереження в дого­ворі, та в 20-денний строк надсилає другій стороні два при­мірники протоколу розбіжностей разом з підписаним дого­вором. У цьому разі укладення договору проходить ще одну стадію — *стадію переддоговірного спору.*

Сторона, яка одержала протокол розбіжностей, зобов'яза­на протягом 20 днів розглянути його, вжити заходів до врегу­лювання розбіжностей із другою стороною. У цій стадії укла­дення господарського договору дуже плідною є особиста участь керівників організацій або відповідальних їх представ­ників у розгляді та погодженні спірних питань договору. Погоджені пункти включають у текст договору, а ті розбіж­ності, що залишилися неврегульованими, передаються в цей же 20-денний строк на вирішення арбітражного суду. Якщо сторона, яка одержала протокол розбіжностей, не передасть неврегульовані розбіжності на вирішення арбітражного суду в зазначений строк, то пропозиції другої сторони вважаються прийнятими (ст. 10 Арбітражного процесуального кодексу).

Враховуючи існуючу підвідомчість господарських спорів, розбіжності, які виникають при укладенні договору між орга­нізаціями, що грунтується на обов'язковому для обох сторін державному замовленні, розв'язують арбітражний і третей­ський суд, оскільки законом не встановлено інше. Розбіжності ж між названими організаціями, що виникають при укладенні договору, який не грунтується на обов'язковому для обох сторін державному замовленні, можуть розв'язуватися арбітражним судом, якщо це спеціально передбачено зако­ном, або погодженням сторін (ст. 159 ЦК).

Окремі правила діють при *укладенні біржових угон* (дого­ворів). Біржові операції (угоди) дозволяється здійснювати тільки членам біржі або брокерам. Біржові брокери — це фізичні особи, зареєстровані на-біржі відповідно до статуту,

**40 *Глава 2***

обов'язки яких полягають у виконанні доручень членів біржі, яких вони представляють, по здійсненню біржових операцій шляхом підшукування контрактів і поданні здійснюваних ними операцій для реєстрації на біржі (ст. 16 Закону України "Про товарну біржу").

За певну кількість днів до початку торгів, визначених у правилах біржової торгівлі, клієнт — продавець або поку­пець — повинен представити брокерові замовлення. Брокер має право перевірити інформацію, зазначену в замовленні, фінансовий стан клієнта, кількість і якість товару. За наяв­ності згоди представляти клієнта на біржових торгах брокер повинен одержати від нього належно оформлене доручення. Клієнт у свою чергу має перерахувати на рахунок брокера гарантійний внесок (маржу) — певну кількість відсотків від вартості товарів за повною купівельною (продажною) ціною. Розмір відсотків визначається угодою сторін. Продавець то­вару повинен зазначити у замовленні мінімальну продажну ціну, а покупець — бажану і максимальну ціну. Після цього брокер складає картку замовлення, одна копія якої зали­шається у брокера, а друга передається маклерові, що веде торги. Реєстрація укладених угод здійснюється службою реєстрації біржі як під час торгів, так і в певний строк після їх завершення, зазначений у правилах біржової торгівлі на даній біржі.

Укладення договорів на *аукціоні,* зокрема продаж об'єктів малої приватизації, проводиться відповідно до Закону України "Про приватизацію невеликих державних під­приємств (малу приватизацію)" від 6 березня 1992 р. Продаж на аукціоні полягає у прямій передачі права власності на об'єкт покупцеві, який запропонував під час торгів найвищу ціну. Аукціон проводиться відповідним органом приватизації або уповноваженою ним юридичною особою за наявності не менше як трьох покупців, які повинні зареєструвати себе як учасники аукціону. Торги на аукціоні здійснює безпосередньо ведучий (ліцитатор), який спочатку описує об'єкт приватиза­ції та умови його продажу. Початком торгів вважається мо­мент оголошення початкової ціни об'єкта. Якщо протягом трьох хвилин після оголошення не буде запропоновано вищу ціну, ліцитатор одночасно з ударом молотка робить оголошен­ня про придбання об'єкта тією особою, яка запропонувала найвищу ціну. Результати продажу майна на аукціоні оформ-

Цивільно-прааовий договір 47

ляються договором купівлі-продажу, який укладається між покупцем та уповноваженим представником відповідного органу приватизації. Цей договір підлягає нотаріальному посвідченню і реєстрації місцевою радою народних депутатів.

Продаж об'єктів малої приватизації за *конкурсом* полягає у передачі права власності покупцеві, який запропонував найкращі умови подальшої експлуатації об'єкта або за рівних умов — найвищу ціну. Відбір покупців за конкурсом проводить конкурсна комісія, яку створює орган приватизації. Конкурс­на комісія визначає умови і термін проведення конкурсу. Для участі в конкурсі покупець подає до конкурсної комісії свій план приватизації об'єкта. Конкурс здійснюється у два етапи. На першому етапі оголошується попередній переможець кон­курсу. Інформація про його пропозиції доводиться до всіх учасників конкурсу. Якщо протягом п'яти робочих днів від них не надійдуть додаткові пропозиції, то попередній переможець оголошується покупцем. За наявності інших пропозицій про­водиться додаткове засідання конкурсної комісії, яка розгля­дає ці пропозиції і визначає остаточного переможця. Праців­ники підприємства, які створили товариство покупців і беруть участь у конкурсі, за інших рівних умов мають пріоритетне право на його придбання. Результати конкурсу оформляють­ся протоколом і затверджуються органом приватизації. З переможцем конкурсу укладається договір купівлі-продажу, який підлягає нотаріальному посвідченню і реєстрації' місце­вою радою.

Після укладення договору може виникнути потреба у його зміні чи розірванні. Щоб забезпечити стабільність майнового обороту і впевненість учасників у непорушності взятих зобо­в'язань, закон (ст. 162 ЦК) забороняє односторонню відмову від виконання зобов'язання або односторонню зміну умов до­говору, за винятком випадків, передбачених законодавчими актами.

*Зміна* договору означає, що зобов'язання сторін діють від­повідно до змінених умов щодо предмета, місця, строків вико­нання тощо. При *розірванні* договору зобов'язання сторін припиняються. Зміна і розірвання договору допускаються лише за угодою сторін, якщо інше не передбачено законодав­чими актами або договором. Угода про зміну або розірвання договору вчиняється в тій самій формі, в якій був укладений

42 Глава 2

договір, якщо із законодавчого акта, договору або звичаїв ділового обороту не випливає інше.

Окремі правила діють щодо зміни або розірвання господар­ських договорів між юридичними особами. Відповідно до ст. 11 Арбітражного процесуального кодексу підприємство чи організація, яка вважає за необхідне змінити або розірвати договір, надсилає пропозиції про це другій стороні по догово­ру. Сторона, яка одержала таку пропозицію, повинна відпо­вісти на неї не пізніше 20 днів після її одержання. Якщо учас­ники не досягти згоди щодо зміни або розірвання договору, а також у разі неодержання відповіді у встановлений строк з урахуванням поштового обігу, заінтересована сторона має право передати спір на вирішення арбітражного суду.

Крім зміни або розірвання договору, допускається й про­довження (пролонгація) його дії на новий строк. Так, відпо­відно до п. 2 ст. 17 Закону України "Про оренду державного і комунального майна" за відсутності заяви однієї із сторін про припинення або зміну договору протягом одного місяця після закінчення його строку він вважається продовженим на той самий строк і на тих самих умовах, які були передбачені до­говором. Найчастіше продовження дії договору оформ­ляється угодою сторін, вчиненою шляхом обміну листами, те­леграмами або іншим способом.

Глава 3. Виконання зобов'язань

**§ 1. Поняття та принципи виконання зобов'язання**

Під виконанням зобов'язань розуміють здійснення кредитором і боржником дій по вчиненню прав та обов'язків, що випливають із зобов'язання. Так, виконанням договірного зобов'язання купівлі-продажу слід розглядати одночасно передачу речі продавцем у власність покупця і прийняття цієї речі покупцем, а також виплату обумовленої договором суми (ціни речі) покупцем і прийняття цієї суми продавцем.

За своєю юридичною природою дії по виконанню зобов'я­зання є нічим іншим, як правочином, оскільки вони спрямо­вані на припинення зобов'язань. Саме тому до цих дій по ви­конанню застосовуються ті самі правила, що регулюють вчинення правочинів.

Дії, які мають бути вчинені одним учасником зобов'язання на користь іншого, називаються *предметом виконання.* Якщо ці дії пов'язані з передачею певного майна, поняттям пред­мета виконання охоплюється і це конкретне майно. Особли­вості предмета виконання повністю залежать від особливос­тей конкретного зобов'язання, а відтак вони визначаються підставами виникнення зобов'язання (правочином, догово­ром, адміністративним актом, на яких засновані зобов'язан­ня) і тими нормами, що регламентують зобов'язання певного виду. Деякі загальні правила щодо предмета виконання у чин­ному ЦК України закріплені лише стосовно грошових зобов'я­зань (статті 167—170).

44 Глава З

Зобов'язання виникають між їх учасниками з метою задо­волення певних потреб. Саме тому особливе значення мають загальні засади виконання цивільних зобов'язань, які набува­ють форми їхніх принципів. Для учасників зобов'язальних правовідносин завжди важливим є те, що реалізовано основ­ну мету зобов'язання. Але саме досягнення цієї мети пов'я­зується не тільки з виконанням певних дій, а й з необхідністю відповідати іншим "якісним" показникам, які загалом можна об'єднати поняттям належного виконання.

Таким чином, принципи реального *і належного виконання* традиційно розглядалися як основні цивільно-правові засади виконання зобов'язання1.

Однак єдиної думки щодо співвідношення цих принципів у літературі не склалося.

Так, одні автори вважали, що реальне виконання — скла­дова належного виконання. Належне виконання є поняттям більш загальним, а реальне виконання — одна з окремих вимог, яка входить до змісту належного виконання2.

Іншу позицію з цього питання займав А.В. Венедиктов, який навпаки вважав, що належне виконання — це складова реального виконання. На його думку, реальне виконання договірних зобов'язань охоплює належне виконання всіх якісних та кількісних показників: не тільки своєчасну переда­чу всієї кількості передбаченої договором продукції, а й пере­дачу її в обумовленому асортименті відповідно до затвердже­них стандартів та технічних умов, у комплексному вигляді, а також своєчасне поповнення недостач у деяких партіях, не­гайне виправлення допущених недоліків або заміну недобро­якісної продукції'3.

О.С. Йоффе взагалі надавав принципу реального вико­нання значення загального. Зверталася особлива увага на те, що на етапі нормального розвитку зобов'язання реальне

Див.: Цивільне право. — Ч. 1. — С. 164.

2 Див.: *Краснов Н.И.* Реальное исполнение обязательств между социалистическими организациями. — М., 1959. — С. 16.

Див.: Венедиктов А.В. Гражданско-правовая охрана социалистичес-і<ой собственности в СССР. — М., 1954. — С. 164.

Виконання зобов'язань 45

виконання передбачає і належне виконання, а після пору­шення боржником зобов'язання — виконання у натурі1.

Найбільш прийнятною в цьому питанні є позиція М.І. Бра-гінського, який зауважив, що реальне та належне виконан­ня — це різноплощинні явища. У першому виявляється сут­ність виконання як вчинення певної дії, у другому — якісна характеристика дії (або утримання від дії). Перевіряючи, чи виконав боржник зобов'язання, вирішуються два самостійні за значенням питання: чи вчинила особа дію, яка є об'єктом відповідних правовідносин (тобто чи дотримана вимога реального виконання), а також яким чином ця дія вчинена (чи дотримана вимога належного виконання)2.

З розвитком ринкових засад в економіці принцип реально­го виконання зобов'язання, який набував особливого зна­чення для господарських договорів, певною мірою втратив своє первісне значення. Це пов'язано з тим, що сплата кре­диторові збитків, які виникли через невиконання зобо­в'язання в натурі боржником, в умовах ринкової економіки може задовольнити інтерес у певному обсязі. За таких обста­вин проект ЦК України виходить з того, що в умовах ринкової економіки його роль поступово зменшуватиметься3.

В проекті ЦК України (ст. 550) загальні умови виконання зобов'язань формулюються так: зобов'язання має виконува­тися належним чином відповідно до умов договору та вимог закону, інших, правових актів, а за відсутністю таких— відпо­відно до вимог, що звичайно ставляться. Отже, зобов'язання має бути виконано не тільки в натурі, а й реально, тобто в та­кому вигляді, як це випливає з відповідної підстави виникнен­ня зобов'язання (договору, адміністративного акта), або від­повідно до вимог, що звичайно ставляться. При цьому спе­ціально підкреслено ще дві обставини, а саме: при виконанні зобов'язання можуть застосовуватися звичаї ділового оборо­ту; виконання зобов'язання має спиратися на засади добро-

' Див.: *Йоффе О.С.* Обязательственное право. — С. 64.

2 Див.: *Брагчнский М.И., Витрянский ВВ.* Договорное право. Общие положення. — М., 1997. — С. 336.

Див.: Сибіпьов М. Структура та основний зміст загальних положень про зобов'язання у проекті нового Цивільного кодексу України // Українське право. — 1997. — Число 1. — С. 72.

46 Глава З

совісності, розумності та справедливості. Саме ці оціночні категорії набувають у сучасному цивільному праві особливого значення. Вони розглядаються як найважливіші критерії, **за** допомогою яких може визначатися принцип на­лежного виконання зобов'язання. Не припускається односто­роння відмова від виконання зобов'язання або його односто­роння зміна, за винятком випадків, передбачених угодою сторін або вказаних безпосередньо в законі.

**§ 2. Суб'єкти виконання зобов'язання**

Суб'єктами виконання зобов'язання є кре­дитор і боржник. Зазвичай вони є тими особами між якими відбувається виконання зобов'язання. Це безпосередньо випливає із визначення зобов'язання, закріпленого ст. 151 ЦК України: одна особа (боржник) зобов'язана вчинити на ко­ристь іншої особи (кредитора) відповідну дно. В деяких випад­ках характер і якість виконання певних зобов'язань залежить від особистих властивостей боржника. Так, з особистістю автора, з яким укладено договір літературного замовлення на художній або літературний твір, пов'язується і виконання зобов'язання. Необхідність особистого виконання може випливати не тільки із суті зобов'язання, а й із безпосередньої домовленості сторін або з прямої вказівки закону. Так, на під­ставі ст. 333 ЦК України за договором підряду, де підряд­чиком виступає громадянин, останній зобов'язаний виконати роботу особистою працею. За таких обставин необхідною умовою належного виконання зобов'язання визнається виконання його *особисто боржником.* Це правило поширює­ться на випадки, коли це:

1) передбачено законом;

2) встановлено угодою сторін;

3) випливає із суті зобов'язання.

Проте, за загальним правилом, виконання зобов'язання особисто боржником не впливає ні на характер, ні на якість виконання зобов'язання. Для кредитора зазвичай не має

***Виконання зобов'язань 47***

значення, чи він отримує гроші або інше майно безпосе­редньо від боржника або від будь-якої іншої особи, що діє за його дорученням.

Саме на такі випадки розрахований інститут *передору­чення* виконання зобов'язання третій особі, передбачений ст. 164 ЦК України. Боржник може покласти виконання обо­в'язку, який лежить на ньому, на третю особу (передоручення зобов'язання), а кредитор має право доручити третій особі право прийняти виконання (переадресування виконання). Однак цей інститут може застосовуватися за наявності однієї з названих умов, які передбачені у ст. 164 ЦК України:

1) якщо таке переадресування **або** передоручення перед­бачено безпосередньо законом;

2) якщо третя особа адміністративне підпорядкована тій стороні, яка застосовує покладення своїх обов'язків або передачу своїх прав на третю особу;

3) якщо третя особа пов'язана з однією із сторін відповід­ного зобов'язання договором.

Разом з тим слід підкреслити, що відповідальність за неви­конання або неналежне виконання зобов'язання у випадках покладення відповідних прав або обов'язків на іншу (третю) особу несе та сторона, яка є учасником договору, якщо зако­нодавством не передбачено, що ця відповідальність покла­дається безпосередньо на виконавця.

Від передоручення і переадресування слід відрізняти замі­ну осіб у зобов'язанні. Якщо при передорученні боржник залишається суб'єктом зобов'язання і відповідно несе відпо­відальність за дії призначеного ним виконавця, при пере­адресуванні виконання кредитор також залишається суб'єк­том виконання, і тому призначена ним третя особа претензій до боржника пред'явити не може.

*Заміна осіб у заобов 'язанні* пов'язана з тим, що попередні учасники зобов'язань вибувають з цих відносин, а їх права та обов'язки у повному обсязі переходять до суб'єктів, які їх за­мінюють. Заміна **осіб** у зобов'язанні може набувати форми заміни кредитора **або** заміни боржника.

Заміна кредитора — це уступка кредитором своїх прав вимоги за зобов'язанням іншій особі. Вона має назву *цесії.* Кредитор, який поступається своїм правом вимоги за зобо­в'язанням третій особі, називається *цедентом, а* особа, якій

***48 Глава З***

кредитор поступається своїм правом вимоги за зобов'язан­ням — *цесіонарієм.* Для цесїї (уступки вимоги) необхідною є угода між старим і новим кредитором, тобто між цедентом і цесіонарієм. Згоди боржника на здійснення цесії не потрібно, оскільки вона ніякою мірою не погіршує його становище. Дійсно, для боржника не має значення кому передавати виконання зобов'язання — старому чи новому кредиторові. Якщо у зв'язку з цесією (заміною кредитора) необхідні додат­кові витрати боржника для виконання, ці витрати відносяться на рахунок кредитора. Крім того, на підставі ст. 200 ЦК України боржник зберігає всі заперечення проти нового кре­дитора, які він міг протиставити попередньому кредиторові. Так, якщо продавець продав річ покупцеві, а потім передав свої права вимоги третій особі (відбулася заміна кредитора— цесія), покупець зберігає відповідні права, які належать йому в договорі купівлі-продажу щодо нового учасника цих відно­син. За умов, коли покупець знайде в придбаній речі дефекти, він вправі посилатися на них при розрахунках з новим учас­ником договору купівлі-продажу — цесіонарієм. Проте, хоч при уступці вимоги згоди боржника не потрібно, старий кре­дитор (цедент) зобов'язаний повідомити боржника про цесію, яка відбулася, а також передати документи, які засвідчують право вимоги, новому кредиторові (цесіонарію). У противно­му разі відповідно до ст. 199 ЦК України боржник може вико­нати зобов'язання старому кредиторові і не нестиме відпові­дальність перед цесіонарієм, який набуває права витребу­вати виконання лише від цедента, а не від боржника.

Вимога, що передається іншій особі в порядку цесії, пере­ходить до нього в тому обсязі, в якому вона раніше належала цедентові. Для цесіонарія зберігають силу всі засоби забез­печення зобов'язання (застава, завдаток, порука тощо) від­повідно до ч. З ст. 197 ЦК України. Якщо боржник ухиляється від виконання, то тільки до нього і може бути пред'явлена вимога з боку цесіонарія. Однак при уступці вимоги щодо фактично недійсного, неіснуючого зобов'язання перед цесіо­нарієм відповідатиме цедент, тобто попередній кредитор. Інакше кажучи, цедент відповідає перед цесіонарієм за не­дійсність переданої йому вимоги, але не відповідає за невико­нання цього зобов'язання боржником (ч. 2 ст. 197 ЦК). За за­гальними правилами ЦК України, цесія може застосову-

Виконання зобов'язань 49

ватися у будь-яких зобов'язаннях, винятки встановлені лише для вимог, уступка яких суперечить закону, договору, який може виключати уступку будь-якої вимоги або якщо вимога пов'язана безпосередньо з особою кредитора (ч. 1 ст. 197 ЦК). Так, ч. 2 ст. 197 ЦК У країни безпосередньо забороняє уступку вимоги про відшкодування майнової шкоди, яка спричинена ушкодженням здоров'я або заподіянням смерті.

У сучасних умовах у зв'язку з активним запровадженням ринкових принципів господарювання інститут цесії значно поширився у підприємницьких відносинах.

Внаслідок переведення боргу (заміни боржника) поперед­ній боржник вибуває із зобов'язання і замінюється новим. Для переведення боргу безперечно потрібна згода нового боржника, оскільки якщо договір як вольовий акт не може вчинятися без волевиявлення кожного із контрагентів, то тим більше не можна поза своєю волею стати боржником уже існуючого зобов'язання. Але переведення боргу не можна здійснити і без згоди кредитора. Цим переведення боргу відрізняється від цесії (уступки вимоги). Таке положення зрозуміло, оскільки для боржника зазвичай не має значення особа кредитора, якому він має вручити виконання, але для кредитора не однаково, хто буде виступати перед ним як боржник, оскільки виконання безумовно залежить і від пла­тоспроможності боржника та від інших ознак, які характери­зують особу боржника. Саме виходячи з цього, на підставі ч. З ст. 201 ЦК України і порука, і застава, встановлені тре­тьою особою на забезпечення виконання зобов'язання, з переведенням боргу припиняються, якщо поручитель або за­ставодавець не висловили своєї згоди відповідати також і за нового боржника.

Новий боржник має право виставляти проти вимог кредитора всі ті заперечення, які основані на відносинах між кредитором і первісним боржником (ч. 2 ст. 201 ЦК).

Сфера застосування переведення боргу обмежується тими самими межами, що встановлені для цесії. Стосовно форми уступка вимоги і переведення боргу підпорядковую­ться загальним правилам, які встановлені щодо форми угод. Так, ст. 202 ЦК України передбачає, що уступка вимоги і переведення боргу, які основані на угоді, здійсненій у пись­мовій формі, мають бути також вчинені у простій письмовій

50 Глава З

формі. Однак невиконання цієї умови не тягне за собою недійсності угоди про уступку вимоги або переведення боргу. В цьому разі застосовуються загальні правила, передбачені ст. 46 ЦК України.

**§ 3. Місце, строк та спосіб виконання зобов'язання**

Виявлення з необхідною точністю місця, в якому має бути виконане зобов'язання, істотне саме тому, що від цього нерідко залежить вирішення інших, дуже важли­вих практичних питань. У деяких випадках місце виконання зобов'язання визначається нормами, які регулюють даний вид зобов'язань, тобто воно встановлюється в самому законі. Іноді місце виконання зобов'язання може випливати із адміні­стративного акта. В ряді випадків місце виконання визначає­ться виходячи із суті зобов'язання.

Проте, копи жоден з наведених способів не дає змоги вста­новити, в якому місці має бути виконане зобов'язання, засто­совують загальні правила, встановлені у ст. 167 ЦК України. Вони зводяться до наступного: місцем виконання зобов'язан­ня визнається місце проживання боржника — громадянина або місцезнаходження боржника — юридичної особи. Якщо внаслідок певних обставин первісне місце проживання або місцезнаходження боржника було змінене, про що кредитор був належним чином повідомлений, виконання зобов'зання має здійснюватися за новим місцем проживання або місце­знаходженням боржника. Якщо інше не передбачено зако­ном або договором у цьому випадку на боржника мають бути віднесені всі витрати, пов'язані зі зміною проживання або зміною місцезнаходження боржника. Однак з цього загаль­ного правила встановлені певні винятки:

1) зобов'язання, які стосуються передачі будівлі або іншої нерухомості (у власність, користування або з іншою правовою метою), виконуються в місцезнаходженні цієї будівлі або іншої нерухомості;

Виконання зобов'язань 51

*2)* грошові зобов'язання (позика, Інші грошові зобов'язан­ня, зокрема обов'язок сплатити гроші, який випливає з дого­вору купівлі-продажу або майнового найму) виконуються у місці проживання кредитора на момент виникнення зобов'я­зання, а якщо кредитор змінив своє місце проживання і пові­домив про це боржника, зобов'язання має виконуватися за новим місцем проживання кредитора з віднесенням на його рахунок усіх додаткових витрат, які пов'язані зі зміною місця виконання.

**Строк виконання зобов'язання.** Відповідно дост. 161 ЦК України належним визнається такий строк виконання, який встановлений законом, договором або випливає із суті зобо­в'язання. Строк виконання зобов'язання може бути визначе­ний календарною датою або закінченням відповідного пе­ріоду часу, а також вказівкою на відповідну подію, яка обов'язково має настати.

Але досить часто на практиці трапляються зобов'язання, строки виконання яких або взагалі не встановлені, або визна­чені моментом пред'явлення вимоги виконання кредитором. Наприклад, внесений вклад в Ощадбанк, передача речі в гар­дероб тощо. У цьому разі відповідно до ст. 165 ЦК України кредитор має право вимагати виконання і відповідно боржник має право провести таке виконання у будь-який час. Однак обов'язок виконати таке зобов'язання покладається на борж­ника в семиденний строк з дня пред'явлення вимоги креди­тором, якщо обов'язок негайного виконання не випливає із закону, договору або суті зобов'язання.

При простроченні боржника кредитор має право або вимагати виконання зобов'язання в натурі, або відмовитися від прийняття виконання. Однак у будь-якому разі боржник зобов'язаний відшкодувати кредиторові збитки, що їх зазнав кредитор у зв'язку із простроченням (ст. 213 ЦК). Коли пред­метом виконання є грошова сума, боржник зобов'язаний сплатити за час прострочення 3 відсотки річних від простро­ченої суми, якщо законом або договором не встановлений інший розмір відсотків (ст. 214 ЦК). За грошовими зобов'язан­нями розмір відсотків може встановлюватися і відповідними нормативними актами.

Крім норм щодо прострочення боржника, існують відповід­ні правила, встановлені на випадок прострочення з боку

**52 *Глава З***

кредитора. Кредитор визнається таким, що прострочив вико­нання, якщо він відмовився прийняти надане боржником на­лежне виконання зобов'язання або не вчинив відповідних дій, без яких боржник не може виконати своїх обов'язків. При простроченні прийняття виконання кредитором боржник у свою чергу має право вимагати від кредитора відшкодування заподіяних йому збитків.

У законодавстві регулюється і питання про можливість до­строкового виконання зобов'язання. Так, ст. 166 ЦК У країни передбачає, що боржник має право виконати зобов'язання до строку, встановленого в договорі, якщо інше не випливає із самого договору, не встановлено законом або не випливає із суті зобов'язання. Проте існує цілий ряд таких зобов'язань, які за своїм змістом не можуть бути виконані достроково. Так, при достроковому врученні поздоровчої телеграми або, скажімо, подарунка ювілярові втрачається самий сенс до­строкового виконання зобов'язання.

**Спосіб виконання.** Спосіб виконання зобов'язання пере­буває у прямій залежності від предмета виконання. Якщо предмет зобов'язання пов'язаний з якоюсь єдиною річчю, що за своєю природою неподільна, виконання не може бути про­ведене інакше, як шляхом передачі цієї речі боржником кредиторові відразу і в цілому.

Проте можливі зобов'язання з приводу передачі сукупності речей або відповідної суми грошей, зокрема грошей у дого­ворі позики, кількох однорідних речей у договорі купівлі-про­дажу або поставки і т.д. У таких випадках зобов'язання може бути здійснене не тільки шляхом вчинення однократного акту, а й частинами — у формі кількох розподілених у часі дій. Виконання зобов'язання частинами нерідко передбачається законом, договором або випливає із змісту і цільового при­значення зобов'язання. Так, договір поставки передбачає передачу продукції або товарів певними партіями. Однак, якщо законом або іншою підставою, з якою пов'язане це зобов'язання, не передбачається виконання зобов'язання частинами або таке виконання не випливає із самого змісту зобов'язання, кредитор має право не приймати виконання зобов'язання, яке здійснюється боржником саме такими частинами (ст. 163 ЦК). У такому разі належним визнається лише виконання, яке здійснюється в повному обсязі у вигляді

Виконання зобов'язань 53

однократного акту. Зрозуміло, що своїм правом (відмовитися від прийняття виконання) кредитор може і не скористатися, але часткове виконання зобов'язання, проведене за згодою кредитора, визнається вже належним виконанням. Про згоду прийняти часткове виконання можуть свідчити заява креди­тора та його конклюдентні дії. Так, якщо кредитор почав вико­ристовувати частково надане виконання зобов'язання, то це може тлумачитись, як його згода саме на такий спосіб вико­нання зобов'язання.

**§ 4. Особливості виконання часткового та солідарного зобов'язання**

Суб'єктами зобов'язання водночас можуть бути кілька боржників або кілька кредиторів, або водночас кілька боржників і кілька кредиторів. Такі зобов'язання, у яких беруть участь не один, а кілька боржників або кредиторів, дістали назву зобов'язань із множинністю осіб. Такі зобов'я­зання можуть бути активними, пасивними та змішаними.

Зобов'язання із множинністю осіб підпорядковуються тим самим правилам, що й будь-які інші цивільні зобов'язальні правовідносини. Проте у деяких випадках, пов'язаних безпо­середньо з виконанням, вони регулюються в особливому порядку.

Якщо в зобов'язанні беруть участь кілька кредиторів, завжди виникає питання, хто з цих кредиторів і в якому обсязі має право вимагати від боржника виконання покладеного на останнього обов'язку.

Якщо у зобов'язанні беруть участь кілька боржників, не менш важливо з'ясувати характер їх спільного обов'язку перед кредитором.

Якщо зобов'язання характеризуються множинністю креди­торів і множинністю боржників, то істотними є дві пробле­ми — як і кому виконувати це зобов'язання.

54 Глав» З

З точки зору способу виконання зобов'язання з множин­ністю осіб (активні, пасивні та змішані) поділяються на част­кові та солідарні.

У частковому активному зобов'язанні кожен із кредиторів має право вимагати від боржника виконання зобов'язання лише у певній частці. Кредитор, який одержав належне йому виконання, із зобов'язання вибуває, але воно зберігає свою силу для решти кредиторів доти, поки вони не здійснять на­лежне їм право.

У частковому пасивному зобов'язанні кожен із боржників зобов'язаний надати кредиторові виконання лише у певній частці з тим щоб боржник, який виконав зобов'язання, вибував, але воно зберігало силу для решти боржників, поки вони не виконають покладений на них обов'язок перед кредитором.

У змішаному частковому зобов'язанні поєднуються обидва принципи: в такому зобов'язанні кожен із кредиторів може вимагати виконання в певній частці від кожного із боржників.

У солідарному активному зобов'язанні кожен із кредиторів має право вимагати від боржника виконання в повному обся­зі. Як тільки боржник надасть повне виконання хоч би одному із кредиторів, зобов'язання припиняється. У солідарному па­сивному зобов'язанні кредитор вправі вимагати виконання в повному обсязі від будь-якого боржника, тому він має право заявляти вимогу про виконання і до всіх боржників водночас, і до будь-якого з них у частині боргу. Але зобов'язання припи­няється як тільки повне виконання буде надано кредиторові хоч би одним із боржників.

У змішаному солідарному зобов'язанні також поєднуються обидва принципи виконання солідарного зобов'язання. В та­кому зобов'язанні кожен із кредиторів може вимагати вико­нання в повному обсязі від кожного з боржників.

Таким чином, солідарний порядок виконання істотно відрізняється від часткового, причому нерідко буває так, цю одна зі сторін вимагає солідарного виконання зобов'язання в той час як інша погоджується лише на часткове виконання. Такий спір вірогідніший у пасивних зобов'язаннях, у яких для кредитора більш прийнятна солідарна відповідальність, а для боржника, навпаки, — часткова. Такий спір має розглядатися відповідно до вимог статей 173 і 174 ЦК України. Основним і

Виконання зобов'язань 55

загальним визнається частковий порядок виконання зобов'я­зання із множинністю осіб, він презюмується законодав­ством. Солідарний порядок розрахований лише на деякі випадки, зокрема:

1) коли законом або іншим нормативним актом прямо передбачено солідарне виконання зобов'язання. Наприклад, ст. 451 ЦК України встановлює, цю особи, які спільно запо­діяли шкоду, є солідарними боржниками перед потерпілим;

2) якщо солідарний спосіб виконання зобов'язання перед­бачений угодою сторін. Наприклад, при укладенні договору позики сторони можуть встановити солідарні зобов'язання для боржників;

3) коли предмет зобов'язання є неподільним. У такій си­туації виконання зобов'язання частками неможливо.

У часткових зобов'язаннях важливо визначити розмір частки виконання, яка припадає на кожного з учасників. Для цього слід звернутися до аналізу юридичної підстави виник­нення зобов'язання. Якщо із суті зобов'язання або безпосе­редньо з угоди, яка існує між боржниками та кредиторами, не можна встановити конкретні частки, відповідно до яких має виконуватися це зобов'язання, законодавець встановлює принцип рівності цих часток.

У солідарному зобов'язанні після того, як виконання в пов­ному обсязі було вже витребуване одним із солідарних кре­диторів або надане одним із солідарне зобов'язаних борж­ників, може виникнути питання про взаємні розрахунки між самими кредиторами або боржниками. При цьому слід вихо­дити з таких загальних правил. Солідарний кредитор, який одержав виконання від боржника, зобов'язаний відшкодувати іншим кредиторам належні їм частки виконання у тому розмірі, який залежить від характеру правовідносин, що скла­даються між солідарними кредиторами. Солідарний боржник, який виконав зобов'язання, може перекласти відповідні частки виконання на інших солідарних боржників. Обсяг таких обов'язків визначається характером відносин, які пов'язують співборжників. Так, ч. 5 ст. 175 ЦК України передбачає, що боржник, який виконав солідарне зобов'язання, має право зворотної вимоги (регресу) до кожного з решти боржників у рівних частках, якщо інші умови не встановлені законом або договором. Невиплачене одним із співборжників боржникові,

56 Глава З

який виконав солідарне зобов'язання, поділяється у рівних частках між ним та іншими співборжниками.

Таким чином, регресним визнається зобов'язання, на під­ставі якого кредитор (регредієнт), зобов'язаний перед третіми особами до виконання, має право віднести його повністю або частково за рахунок боржника (регресата), дія або без­діяльність якого зумовили залучення кредитора до відпові­дальності. Як правило, регресат відповідає перед регредієнтом, а регредієнт — перед третьою особою. Пряма відпо­відальність регресата перед третьою особою без відповідаль­ності регредієнта може мати місце лише у випадках, безпо­середньо встановлених законом.

Регресне зобов'язання характеризується такими ознака­ми. По-перше, воно є похідним від іншого (основного) зобо­в'язання; по-друге, один або всі його учасники — також суб'єкти основного зобов'язання; по-третє, виконання одним учасником зобов'язання або навіть саме його виникнення зу­мовлюється діями або бездіяльністю осіб, з якими в майбут­ньому і встановлюються регресні зобов'язання.

Глава 4. Способи забезпечення виконання зобов'язань

**§ 1. Поняття способів забезпечення виконання зобов'язань**

Належне виконання зобов'язань передба­чає, що сторони, які беруть участь у зобов'язальних право­відносинах, виконують покладені на них обов'язки у точній відповідності із законом, договором, а за відсутності таких вказівок— з тими вимогами, які звичайно пред'являються до виконання, а відтак — і з діловими звичаями, що склалися в комерційній практиці.

Належне виконання зобов'язань стимулює зміцнення май­нового становища учасників цих відносин, формування у них впевненості в реалізації поставлених завдань і, зрештою, стабілізує в цілому комерційний оборот. Саме меті належного виконання зобов'язання підпорядковані різні способи забез­печення, які розглядаються в юридичній літературі як у широкому, так і вузькому розумінні.

У власному (вузькому) розумінні під способами забезпе­чення виконання зобов'язань розуміють додаткові забезпе­чувальні заходи, які мають спеціальний (додатковий) харак­тер і дають можливість досягнути виконання незалежно від того, чи заподіяні кредиторові збитки і чи є у боржника майно, на яке можна звернути стягнення за виконавчими доку­ментами1.

Див.: *Иоффе О.С.* Обязательственное право. — С. 68

***58***

Глава 4

Традиційний підхід до визначення способів забезпечення виконання зобов'язань закріплений у ст. 178 ЦК України, від­повідно до якої, до таких способів забезпечення належать:

неустойка, застава, порука, завдаток та гарантія. Такий перелік є вичерпним, інші механізми, за допомогою яких мо­жуть задовольнятися вимоги кредитора, які тією чи іншою мірою сприяють забезпеченню виконання зобов'язань, фор­мально до способів забезпечення не належать.

Однак на проблему правового забезпечення виконання зобов'язань можна подивитися ширше. Меті забезпечення виконання зобов'язань може слугувати застосування не тільки тих способів, що позначені в ст. 178 ЦК України, а й будь-яких інших, передбачених законом або договором пра­вових заходів (механізмів), які сприяють виконанню обов'яз­ків боржника за договором або обов'язків, що випливають з інших підстав виникнення зобов'язань. Отже і вони гаранту­ють у разі порушення обов'язків з боку боржника інтереси потерпілої сторони, і в такому розумінні коло цих способів забезпечення виконання зобов'язань можна тлумачити значно ширше.

Саме виходячи з цього, в ст. 570 проекту ЦК України передбачається, що виконання зобов'язання може забезпе­чуватися не тільки тими способами, які прямо передбачені ЦК, іншими правовими актами, а й тими, які встановили сто­рони в самому договорі.

В сучасній юридичній літературі до таких додаткових способів забезпечення виконання зобов'язання відносять способи, передбачені законом, але не названі у відповідній главі ЦК України. До таких способів, зокрема, належать пра­вила про зустрічне виконання зобов'язань1, положення про субсидіарну відповідальність учасників повного товариства, а також повних товаришів у командитному товаристві за зобо­в'язаннями товариства при недостатності його майна; влас­ника за зобов'язаннями належного йому підприємства або установи; права кредитора, який виконав угоду, у разі ухи­лення іншої сторони від її нотаріального посвідчення вимагати

Див.: Гражданский кодекс Российской Федерации. Ч. 1. Научно-практический комментарий / Отв. ред. Т.Е. Абова, А.Ю. Кабалкин, В.П. Мозолин. — М., 1996. — С. 523.

Способи забезпечення виконання зобов'язань 59

по суду визнання Ті дійсною; право кредитора вимагати реєстрації угоди у разі ухилення іншої сторони від її реєстра­ції; про відповідальність, що її поряд з боржником несуть треті особи, на яких покладено виконання зобов'язання, та деякі інші1.

Що стосується додаткових способів забезпечення, які сто­рони можуть передбачати в самому договорі, то до них нале­жать і випадки виконання боржником зобов'язання, пов'яза­ного із внесенням певної грошової суми на депозит третьої особи, а також використання в договорі можливостей, що за­кладені диспозитивними нормами ЦК України. Так, нормою передбачено, що ризик випадкової загибелі речі або випад­кового пошкодження майна несе його власник, якщо інше не передбачено законом або договором. У зв'язку з цим влас­ник, зацікавлений у своєчасному поверненні контрагентом його майна, яке передано в тимчасове володіння або ко­ристування, має право передбачити в договорі покладення ризику випадкової загибелі або випадкового пошкодження майна на контрагента. Аналогічно може бути розв'язано питання щодо витрат, які пов'язані з утриманням майна.

Таким чином, можна зробити висновок про те, що сучасні тенденції розвитку законодавства про способи забезпечення виконання зобов'язання передбачають значне розширення кола таких правових засобів, якими може скористатися кредитор з метою встановити додаткові гарантії, спрямовані на забезпечення виконання зобов'язання.

У проекті ЦК України розширено перелік прямо передба­чених у кодексі способів забезпечення виконання зобов'я­зання, до яких, крім зазначених у чинному ЦК України, нале­жать утримання майна боржника кредитором та нове за змістом і функціями поняття гарантії як способу забезпечен­ня виконання.

В юридичній літературі проведено класифікацію способів забезпечення виконання зобов'язання за різними озна­ками2. Так, враховуючи юридичну конструкцію способів

' Див.: Брагинский М.И., Витрянский В.В. Договорное право. Общие положения. — С. 386.

2 Див.: Иоффе О.С. Обязательственное право. — С. 156—157.

60 Глава 4

забезпечення виконання зобов'язання, їх поділяють на:

а) такі, що пов'язані з попереднім виділенням майна для можливої примусової реалізації обов'язку порушника;

б) такі, що не пов'язані з попереднім виділенням майна для можливої примусової реалізації обов'язку порушника.

До першої групи належать застава та завдаток, до другої— неустойка та порука.

За правовою природою способи поділяються на:

а) такі, що є засобами юридичної відповідальності;

б) такі, які не є засобами юридичної відповідальності. До першої групи належать неустойка та завдаток, до дру­гої — застава та порука.

За сферою дії чинний ЦК У країни розрізняє способи забез­печення, що можуть застосовуватися у відносинах між будь-якими суб'єктами (неустойка, застава, порука), у зобов'язан­нях тільки за участю фізичних осіб (завдаток) або у відноси­нах виключно між юридичними особами (гарантія). Слід за­значити, що в ЦК України поняття гарантії є досить специфіч­ним за своїм змістом, правовою природою та механізмом дії наближено до поруки. В проекті ЦК України поняття гарантії має інший зміст та інші механізми реалізації.

**§ 2. Окремі способи забезпечення виконання зобов'язань**

У проекті ЦК України способи забезпечен­ня виконання зобов'язань поділяються на дві великі групи:

1) зобов'язально-правові способи, до яких належать неус­тойка, завдаток, порука та гарантія;

2) речово-правові способи, що об'єднують заставу і утри­мання.

**Неустойка.** Неустойка завжди вважалася одним з най­більш поширених і популярних способів забезпечення вико­нання зобов'язання. Відповідно до ст. 179 чинного ЦК України (це поняття в цілому зберігається і в ст. 572 проекту ЦК) неустойкою визнається певна грошова сума, визначена за­коном або договором, яку боржник зобов'язаний сплатити кредиторові у разі невиконання або неналежного виконання

Способи забезпечення виконання зобов'язань 61

зобов'язання, зокрема у випадку прострочення виконання зобов'язання.

В проекті ЦК України додатково визнається, що неустой­кою може бути не тільки грошова сума, а й інша майнова цін­ність. Це питання викликало жваві дискусії серед правознав­ців ще за часів кодифікації дореволюційного російського цивільного права. Як згадувалося в літературі, в матеріалах редакційної комісії, яка готувала проект Цивільного уложен-ня, у зв'язку із формою неустойки (грошової або майнової) відзначалося, що хоч в основних нормах про предмет завдат­ку, відступного неустойки йдеться тільки про грошову оцінку, це робиться у зв'язку з потребами викладення, тобто юриди-ко-технічними аспектами, а також і тому, що здебільшого їх дійсно виплачують у грошах. Однак і завдаток, і відступне, і неустойка можуть полягати у будь-якого роду речах і діях, причому відносини, що виникають в цьому випадку нічим по суті не відрізняються від відносин грошового характеру, а тому на них поширюються відповідні правила1.

Стаття 572 проекту ЦК України (і це є також новим поло­женням щодо чинного ЦК) передбачає, що неустойка стягує­ться незалежно від наявності у кредитора збитків, спричине­них невиконанням зобов'язання боржником.

В умовах планово-розподільчої економіки неустойка визнавалася безперечною "царицею" серед способів забез­печення виконання зобов'язання. Це можна пояснити передусім тим, що сума, на яку міг претендувати кредитор, у разі невиконання зобов'язання боржником, була визначена заздалегідь. Стягнення неустойки не пов'язувалося з необ­хідністю доводити розмір заподіяних збитків, а також причин­ний зв'язок між збитками, які могли виникнути у кредитора, і порушенням зобов'язання з боку боржника. Крім того, стяг­нення неустойки не перешкоджало можливому відшкодуван­ню збитків, якщо кредитор доводив наявність цих збитків, їх розмір і причинний зв'язок з правопорушенням. До того ж не­устойка була засобом оперативного впливу на недбайливого боржника, оскільки давала можливість відразу після порушен­ня зобов'язання швидко стягнути передбачену законом або

' Див.: Брагинский М.И., Витрянский В.В. Договорное право. Общие положення. — С. 390—391.

***62 Глава 4***

договором грошову суму, яку боржник мав би сплатити неза­лежно від того, були якісь інші негативні наслідки в майновій сфері кредитора, чи ні.

Залежно від джерела встановлення неустойка поділяє­ться на:

1) законну, тобто встановлену в нормативному порядку — в законі або іншому правовому акті;

2) договірну, яка встановлюється безпосередньо в нормах договору (угоди), укладеного між сторонами.

Слід зауважити, цю в умовах соціалістичної економіки за­конодавець активно використовував можливість встановлю­вати в законодавчих та інших підзаконних нормативних актах численну кількість неустойок. У літературі зазначається, цю в 70—80-х роках у чинних нормативних актах, які регулювали господарську діяльність, налічувалося понад три тисячі санкцій за порушення відповідних зобов'язань у сфері госпо­дарської діяльності1.

Стаття 204 ЦК України встановлює класифікацію неусто­йок залежно від можливого стягнення збитків. Відповідно до цього критерію неустойки поділяються на чотири види:

1) залікова;

2) штрафна;

3) виключна;

4) альтернативна.

*Заліковою* називається неустойка, що передбачає можли­вість стягнення **як** неустойки, так і збитків, але в тій частині, яка не покрита сумою неустойки.

*Штрафною,* або кумулятивною, визнається неустойка, яка підлягає сплаті понад розмір збитків, які заподіяні невиконан­ням або неналежним виконанням зобов'язання.

*Виключна* неустойка обмежує відповідальність за невико­нання або неналежне виконання зобов'язань тільки сплатою неустойки і взагалі виключає можливість стягнення збитків.

*Альтернативна* неустойка передбачає можливість стягнен­ня або неустойки, або збитків; але в цьому випадку кредитор повинен зробити вибір ще до того, як буде допущено порушен­ня зобов'язання і встановлено розмір збитків. Отже, кредитор

' Див.; ***Брагинскнн*** *М.И„ Витрянскяи В.В.* Договорнов право. Общие положення. — С. 392.

Способи забезпечення виконання зобов'язань 03

відповідно має визначитися з тим, чи буде стягуватися неус­тойка, чи будуть стягуватися збитки ще до того, як боржником було допущено порушення виконання зобов'язання.

Що стосується розміру неустойки, то відповідно до ст. 573 проекту ЦК України розмір неустойки, визначений законо­давством, може бути збільшений угодою сторін, сторони мають право і зменшити розмір неустойки, але тільки в тих випадках, які допускаються законом. У цій же статті передба­чається, що відсотки на неустойку не нараховуються.

Завдаток. Завдаток належить до тих способів забезпечен­ня виконання зобов'язань, які найбільш активно застосвують-ся у відносинах з участю громадян. Це безпосередньо випли­ває із змісту ст. 178 ЦК України.

Відповідно до ст. 195 ЦК України завдатком визнається грошова сума, що її видає одна з договірних сторін у рахунок належних з неї за договором платежів другій стороні на підтвердження укладення договору і на забезпечення його виконання.

Таким чином, завдаток можна віднести до зобов'язальна правових способів забезпечення виконання зобов'язання.

Завдаток виконує кілька функцій. По-перше, оскільки за­вдаток видасться в рахунок належних платежів, він виступає передусім засобом платежу. По-друге, сам факт передачі за-вдатка від однієї до іншої договірної сторони підтверджує, що між сторонами укладено угоду, що й закріплюється переда­чею завдатку. Зрештою, по-третє, завдаток виступає як спо­сіб забезпечення виконання зобов'язання.

Забезпечувальний механізм завдатку є дуже простим. Саме це і зумовлює його привабливість для відносин з участю громадян. Якщо за невиконання договору відповідальною є сторона, яка передала завдаток, він залишається у другої сто­рони. Якщо за невиконання договору відповідальною є сторо­на, яка одержала завдаток, вона повинна сплатити іншій сто­роні подвійну суму завдатку.

Саме за допомогою завдатку найчастіше забезпечувалися зобов'язання при укладенні договорів житлового та майново­го найму, договору про передачу майна в безоплатне корис­тування тощо.

Оскільки завдаток виконує також платіжну функцію, слід відрізняти цей спосіб забезпечення виконання зобов'язання від простого авансу як попереднього платежу, який останнім

***64 Глава 4***

часом широко застосовують у розрахункових відносинах. Аванс, як і завдаток, виконує поряд із платіжною функцією функцію підтвердження укладення договору. Однак, на відмі­ну від завдатку, аванс ніколи не несе на собі забезпечуваль­ного навантаження.Тобто, якщо сторона, що одержала аванс не виконала своїх зобов'язань за договором, інша сторона має право вимагати лише повернення авансу, а не сплати його подвійної суми. Аналогічно, якщо у разі невиконання зобов'язання відповідальною буде сторона, яка передала аванс, вона незалежно від невиконання цього зобов'язання має право вимагати повернення авансу.

Таким чином, можемо зробити висновок, що аванс не виконує забезпечувальну функцію і тому не є способом за­безпечення виконання зобов'язання, він обмежується виключно платіжною і засвідчувальною функціями.

Частина 3 ст. 195 ЦК У країни, крім реалізації механізму за­вдатку, передбачає можливість стягнення збитків у разі неви­конання договору, забезпеченого завдатком. Отже за цією статтею, сторона, відповідальна за невиконання договору, зобов'язана відшкодувати другій стороні збитки, але з зара­хуванням суми завдатку, якщо в договорі не передбачено інше.

На практиці у зв'язку із застосуванням завдатку виникало чимало питань, пов'язаних із необхідністю розмежувати цей спосіб забезпечення виконання зобов'язання і аванс. Це зумовлювалося насамперед тим, що чинний ЦК України не встановив обов'язкової письмової форми угоди про завдаток. Однак при використанні усної форми, у сторін виникає цілком зрозуміла проблема кваліфікації переданої суми грошей: як завдатку чи як авансу. Ці природні труднощі вирішувалися таким чином. Якщо зацікавлена сторона не доведе, що пере­дана сума грошей була завдатком, тоді до цих відносин засто­совувалися правила про аванс. Тобто практика виходила з того, що передана в рахунок майбутніх платежів грошова су­ма презюмується як аванс, поки не буде доведено, що ця сума передавалася з метою забезпечити в майбутньому виконання зобов'язання.

У проекті ЦК України це питання вирішено досить чітко й однозначно. Відповідно до ст. 571 угода щодо встановлення способу забезпечення виконання зобов'язання має бути укладена в письмовій формі незалежно від форми основного

Способи забезпечення виконання зобов'язань 65

зобов'язання. Недодержання письмової форми спричинює недійсність угоди щодо встановлення способів забезпечення виконання.

**Порука.** Порука належить до традиційних способів забез­печення виконання зобов'язання, що застосовуються як у відносинах з участю громадян, так і юридичних осіб. Однак в умовах планово-адміністративної економіки юридичні особи з метою забезпечити виконання прийнятих зобов'язань звичайно застосовували гарантію як специфічний спосіб за­безпечення.

Відповідно до ст. 191 ЦК України за договором поруки поручитель зобов'язується перед кредитором іншої особи відповідати за виконання нею свого зобов'язання в повному обсязі або в певній частині. Як і будь-яким іншим способом забезпечення, порукою може бути забезпечена лише *дійсна вимога.* Таким чином, порука має акцесорний (додатковий) характер: визнання недійсним основного зобов'язання, яке забезпечується укладенням поруки, незалежно від **тих** під­став, за якими основне зобов'язання визнається недійсним, тягне за собою беззаперечну недійсність і поруки.

На відміну від завдатка, порука і в чинному ЦК України завжди вимагає під страхом недійсності простої письмової форми.

Договір поруки, як вже зазначалося, має дві цивілістичні традиції, які своїм корінням сягають у римську давнину. Цей інститут дістав свій розвиток і у західних цивільних кодифі-каціях, і в ангпосаксонській судовій практиці. Він був до­статньо розроблений і в російському дореволюційному зако­нодавстві1.

Дослідники проблеми способів забезпечення виконання зобов'язань відзначали, що у радянський період застосуван­ня інституту поруки було досить обмеженим. Громадяни у від­носинах один з одним застосовували поруку вкрай рідко. У відносинах між організаціями можливе було прийняття пору­ки вищестоящим органом за борги нижчестоящого органу. Так, вищестоящі ланки кооперативної системи могли ручати­ся за забов'язаннями нижчестоящих ланок кооперації. У пев-

Див.: *Брагинский М.И., Витрянский В.В.* Договорное право. Общие попожения. — С. 450—457.

З о. Дзера

***66 Глава 4***

ному обсязі договори поруки укладали соціалістичні організа­ції при вчиненні зовнішньоторговельних угод1.

Ринкові умови господарювання певною мірою "реанімува­ли" поруку як спосіб забезпечення виконання зобов'язань. Сфера її застосування практично не має обмежень. Однак найбільш широко її, як і раніше, застосовують для забезпе­чення грошових зобов'язань.

Як видно із визначення, закріпленого у ст. 191 ЦК У країни, забезпечувальний механізм поруки полягає в залученні до­даткового боржника, який поряд з основним відповідає перед кредитором за виконання зобов'язання.

Суаття 192 ЦК України передбачає, що в разі невиконання зобов'язання боржник і поручитель відповідають перед кредитором як солідарні боржники, якщо інше не передбаче­но договором поруки.

Таким чином, при укладенні договору поруки виникає множинність осіб на боці боржника, і законодавець визначає солідарні обов'язки для цих боржників. Хоч договір може передбачати й інший характер відповідальності — часткову або субсидіарну.

Поручитель відповідає в тому самому обсязі, як і боржник. Тобто він відповідає за основний борг, сплату відсотків, а також за заподіяні збитки та неустойку, якщо інші умови не передбачені договором поруки.

Чинне законодавство передбачає, що за боржника можуть одночасно поручитися кілька осіб — поручителів. У цьому разі відповідно до ч. З ст. 192 ЦК України такі поручителі між собою є солідарними боржниками перед кредитором.

Якщо у зв'язку з невиконанням основного зобов'язання боржником кредитор звертається до поручителя, який виконає зобов'язання, поручитель за таких умов набуває всіх прав кредитора по цьому зобов'язанню. Це означає перед­усім, що поручитель як новий кредитор у зобов'язанні збері­гає право вимоги до боржника. Таким чином, у цілому зобо­в'язання не припиняється, в ньому лише змінюється креди­тор, який має право безпосередньо звертатися до боржника.

Якщо кілька поручителів виконали зобов'язання перед кредитором, то кожен з них має право зворотної вимоги до

\* Див.: *Иоффе О.С.* Обязатепьственное право. — С. 181.

***67***

***Способи забезпечення виконання зобов'язань***

боржника в розмірі виплаченої цим поручителем суми (ч. 2 СТ.193ЦК).

Хоч у цілому регулювання відносин поруки в проекті ЦК України зберегло свої традиційні риси, проте деякі положення дістали детальнішу регламентацію.

Так, ст. 578 проекту ЦК України регулює права та обов'яз­ки поручителя у разі пред'явлення до нього вимоги.

По-перше, поручитель у цьому випадку зобов'язаний до задоволення вимоги кредитора попередити про це боржника, а якщо проти поручителя вчинено позов, — залучити борж­ника до участі у справі. Інакше боржник має право висунути проти зворотної вимоги поручителя заперечення, які він мав проти кредитора.

По-друге, поручитель має право висунути проти вимоги кредитора заперечення, які міг би надати боржник, якщо інше не випливає з договору поруки. Поручитель зберігає права на ці заперечення навіть у тому разі, якщо від них відмовився або визнав свій борг.

Отже, поручитель у разі пред'явлення до нього вимоги з боку кредитора, хоч і пов'язаний певними процесуальними обов'язками з боржником (попередити про заявлення вимог з боку кредитора, залучити до участі у справі в разі вчинення позову), зберігає своє автономне становище насамперед у зв'язку з оцінкою заперечень, які має проти кредитора основ­ний боржник.

Якщо ж боржник виконав забезпечене порукою зобов'я­зання, то відповідно до ст. 580 проекту ЦК України він пови­нен негайно повідомити про це поручителя. Інакше поручи­тель, який у свою чергу виконав зобов'язання, має право стягнути з кредитора безпідставно одержане або висунути регресну вимогу боржникові. В останньому випадку боржник має право стягнути з кредитора безпідставно одержане.

Правила, які містяться у статтях 578 і 580 проекту ЦК України спрямовані на чіткіше впорядкування відносин між основним боржником, кредитором та поручителем. Вони мають зняти ті спірні питання, які не розв'язані в чинному за­конодавстві, а відтак — створюють ускладнення у судово-арбітражній практиці.

Законодавець встановив спеціальні підстави припинення поруки. Крім того, що порука припиняється у зв'язку з акце­сорним характером припинення основного зобов'язання,

з\*

68 Глава 4

вона також припиняється, якщо кредитор протягом трьох місяців з дня настання строку зобов'язання не пред'явить позов до поручителя. У тих випадках, коли строк виконання зобов'язання не зазначений або визначений моментом вимоги, то за відсутності іншої угоди відповідальність поручи­теля припиняється після закінчення одного року з дня укла­дення договору поруки.

За таких умов припинення договору поруки, безумовно, не виключає можливості безпосереднього звернення кредитора до основного боржника. Але з припинення поруки кредитор втрачає додаткові гаранти щодо забезпеченості зобов'язань. Оскільки на відносини поруки важливий вплив має фігура боржника (його платоспроможність, сумлінність, інші якості), переведення боргу, тобто заміна боржника іншою особою, також припиняє поруку, якщо поручитель не виявив згоди відповідати за нового боржника (ст. 201 ЦК).

У ЦК України питання про характер послуг поручителя залишено поза увагою. Як правило, у відносинах між грома­дянами послуги поручителями надавалися безоплатно.

У ст. 581 проекту ЦК України прямо передбачається, що поручитель має право на винагороду за послуги, які він надав боржникові, якщо це передбачено договором.

**Гарантія.** У чинному цивільному законодавстві гарантія як спосіб забезпечення виконання зобов'язання фактично не має свого власного обличчя, а є лише специфічним "сурога­том" поруки, яка була адаптована до умов планової центра­лізованої економіки1.

І хоч формально, виходячи із статей 178 і 196 ЦК У країни, гарантія зберігає статус самостійного способу забезпечення виконання зобов'язання, фактично правовий режим засто­сування забезпечувальних механізмів передбачає субсидіарне застосування правил, які регулюють поруку (статті 191 І194ЦК).

Разом з тим, на відміну від поруки, гарантія встановлюва­лася лише у відносинах між соціалістичними організаціями. Отже, для застосування гарантії характерним був спеціаль­ний суб'єктивний склад учасників.

Див.: Брагинский М.И., Витрянский В.В. Договорное право. Общие положення. — С. 458.

Способи забезпечення виконання зобов'язань 69

Відрізняється від поруки і характер відповідальності у відносинах гарантії. На відміну від поручителя, гарант висту­пає не солідарним, а субсидіарним боржником. Тобто гарант несе відповідальність лише за умови, коли основний боржник не може відповідати за невиконання зобов'язання у зв'язку з відсутністю у нього майна.

У проекті ЦК України, як і в інших сучасних цивільних кодифікаціях країн СНД, гарантії як способу забезпечення вико­нання зобов'язання надано новий зміст.

Гарантією визнається письмове зобов'язання банку, іншої кредитної установи, страхової організації тощо (гаранта), яке видається на прохання іншої особи (принципала), за яким га­рант зобов'язується сплатити кредиторові принципала (бенефіціарові) відповідно до умов гарантійного зобов'язання грошову суму після подання бенефіціаром письмової вимоги про її сплату.

У такому вигляді гарантія має багато спільного із тими за­садами, які закріплені в рекомендаціях Міжнародної торго­вельної палати (ІСС). Уніфіковані правила для гарантій на вимогу (1992 р.), затверджені ІСС, активно використовуються практично у всіх країнах з розвинутою ринковою економікою.

Гарантія, на відміну від поруки, є самостійним і незалеж­ним від основного зобов'язання зобов'язанням.

Гарантія не може бути відкликана гарантом, якщо в ній не передбачено інше.

Належне бенефіціарові за гарантією право вимоги до га­ранта не може бути передане іншій особі, якщо в гарантії не передбачено інше.

Таким чином, гарантію в контексті проекту ЦК України слід розглядати як одностороннє зобов'язання, відповідно до якого гарант зобов'язаний сплатити бенефіціарові—кредито­ру за забезпеченим гарантією зобов'язанням відповідну гро­шову суму. Право бенефіціара може бути реалізоване шля­хом подання позовної вимоги, що має відповідати умовам, передбаченим у самій гарантії.

Одержавши вимогу бенефіціара, гарант повинен без зво­лікань повідомити про це принципала і передати копії вимоги з усіма документами, що стосуються вимоги.

Гарант повинен розглянути вимогу бенефіціара з додани­ми до неї документами в зазначений у гарантії строк, а в разі відсутності його — у розумний строк і виявити розумну

**70 *Глава 4***

дбайливість, щоб установити, чи відповідає ця вимога та до­дані до неї документи умовам гарантії.

Відмовитися від задоволення вимог бенефіціара гарант має право у разі, якщо вимога чи додані до неї документи не відповідають умовам гарантії або якщо вони подані гарантові після закінчення визначеного в гарантії строку.

У такому випадку гарант повинен негайно повідомити бенефіціара про відмову задовольнити його вимогу.

Якщо гарантові до задоволення вимоги бенефіціара стало відомо, що основне зобов'язання, забезпечене гарантією, повністю чи у відповідній частині вже виконано або припини­лося з інщих підстав, або є недійсним, він повинен повідомити про це бенефіціара і принципала.

Однак одержана гарантом після такого повідомлення повторна вимога бенефіціара підлягає задоволенню га­рантом.

Що стосується обсягу відповідальності гаранта, то перед­бачене гарантією зобов'язання обмежується сплатою суми, на яку видано гарантію.

У разі виплати бенефіціарові відповідної суми, зазначеної у гарантії, гарант має право зажадати від принципала в порядку регресу відшкодування сум, сплачених за гарантією, якщо інше не передбачено угодою гаранта з принципалом.

Гарант не має права вимагати від принципала відшкоду­вання сум, сплачених бенефіціарові не відповідно до умов га­рантії або за порушення зобов'язання гаранта перед бене-фіціаром, якщо угодою гаранта з принципалом не передбаче­но інше.

Підставами для припинення гарантії визнаються:

1) сплата бенефіціарові суми, на яку видано гарантію;

2) закінчення визначеного в гарант строку, на який її видано;

3) відмова бенефіціара від своїх прав за гарантією і повер­нення її гарантові;

4) відмова бенефіціара від своїх прав за гарантією за до­помогою письмової заяви про звільнення гаранта від його зобов'язань.

Такими є основні положення проекту ЦК України про гарантію як самостійний спосіб забезпечення зобов'язання.

В літературі зазначається, що оновлена гарантія може роз­глядатися як один з надійніших способів, які гарантують права

***Способи забезпечення виконання зобов'язань 71***

кредиторові. Саме це може зробити гарантію чи не найбільш привабливим для кредиторів способів забезпечення вико­нання зобов'язань і стати підставою для широкого застосу­вання її в майбутньому, в тому числі в комерційному обороті1.

**§ 3.Речово-правові способі забезпечення виконання зобов'язань**

**Застава**

**Підстави виникнення застави. Сторони заставних правовідносин.** Історичний досвід розвитку інсти­туту застави свідчить, що існує кілька підстав виникнення за­стави: 1) договір; 2) закон; 3) судове рішення; 4) заповіт. Дві останні підстави не є характерними для нашої держави, і тому що підстав виникнення застави Закон України "Про заставу" (ст. 1) відносить лише договір та закон.

Застава на підставі закону застосовується незалежно від волі сторін при відповідних правовідносинах, передбачених у законі. Як приклад можна навести право застави вантажу, що виникає у морського перевізника вантажу згідно із ст. 164 Ко­дексу торговельного мореплавства України2 для забезпечен­ня відшкодування витрат, що їх зазнає перевізник під час перевезення вантажу.

Але головним джерелом виникнення заставного права залишається дорговір, коли для виникнення застави між за-ставодержателем і заставодавцем має бути досягнуто згоди про встановлення застави. При цьому договір про заставу може бути самостійним, тобто відокремленим від договору, за яким виникає забезпечене заставою зобов'язання. Однак умову про заставу може бути включено і до основного дого­вору, що підтверджує похідний характер застави, закріплений у ч. З ст. З Закону України "Про заставу".

*1* Див.: *Брагинский М.И., Витрянский* 0.0. Договорное право. Общие положений. — С. 482.

2 Відомості Верховної Ради України. — 1995. — № 49. — Ст. 349.

***72 Глава 4***

Похідність випливає з акцесорного (додаткового) характе­ру договору застави і виявляється у наступному. За загаль­ним правилом, застава може збільшуватися або зменшува­тися у сумі залежно від зміни суми основної вимоги. Залеж­ність застави від основної вимоги підтверджується також тим, що визнання недійсності основного зобов'язання тягне за собою і недійсність застави. Крім того, похідність застави тісно пов'язана з тим, що застава завжди слідує долі основ­ного зобов'язання і не має самостійного життя щодо забез­печеної нею вимоги. Задоволення основного зобов'язання автоматично стає підставою для припинення застави (ст. 28 Закону України "Про заставу").

Ще одним виявом принципу похідності застави і залежності її долі від забезпечуваного нею зобов'язання є слідування за­стави за своїм об'єктом при переході останнього у власність іншої особи (ст. 27 Закону України "Про заставу"). А також, як доречно зазначив А.В.Черних, утому випадку, якщо заста­ву було встановлено стосовно вимоги, яка може виникнути у майбутньому, невиконання боржником основного зобов'я­зання має значення лише у разі виконання кредитором-заставодержателем прийнятих на себе за основним зобов'я­занням зобов'язань1.

Відповідно до ст. З Закону України "Про заставу" застава може забезпечувати лише дійсну вимогу. Дійсність застави означає, по-перше, те, що нею забезпечуються лише вимоги, які відповідають закону та непогашені за давністю, а по-друге, заставою не може бути забезпечена уявна вимога, вона може забезпечувати лише реально існуючу вимогу. Мається на увазі, що якщо після укладення основного договору пози­ки, забезпеченого заставою певного майна, не відбулося фактичної передачі позики боржникові, то у кредитора не виникає реальної вимоги до боржника.

Законодавство України не містить конкретних видів зобов'язань, виконання яких може бути забезпечене заста­вою. Перелік, викладений у ст. З Закону України "Про за­ставу", —договори позики (банківської позички), купівлі-про­дажу, оренди, перевезення вантажів — має відкритий харак-

' Див.: *Черних АВ.* Залог недвижимости в российском праве. — М., 1995. — С. 46.

Способи забезпечення виконання зобов'язань 73

тер, тобто законодавець передбачає, що заставу можна використати майже у будь-якому договорі.

Закон припускає, що застава може встановлюватися сто­совно вимог, які можуть виникнути у майбутньому "за умови, що сторони домовляться про розмір забезпечення заставою таких вимог" (ст. З Закону України "Про заставу"). Заставою можуть забезпечуватися і вимоги щодо відшкодування збитків, заподіяних невиконанням або неналежним виконан­ням зобов'язань, хоч такі вимоги можуть і не виникнути, якщо боржник належним чином виконає своє зобов'язання. Єдина умова — сторони мають домовитися про розмір забезпечен­ня заставою таких вимог.

На підставі ст. 19 Закону України "Про заставу" застава за­безпечує вимогу у тому обсязі, який існує на момент задово­лення. Заставою забезпечується основний борг, включаючи відсотки, необхідні витрати заставодержателя по утриманню заставленого майна, відшкодування збитків, завданих прострочкою виконання (а у випадках, передбачених договором або законом, — неустойка), а також витрати на здійснення забезпеченої заставою вимоги, якщо інше не передбачено договором застави.

Сторонами договору застави є заставодавець і заставо-держатель. Відповідно до ст. 11 Закону України "Про заставу" сторонами договору застави можуть бути фізичні, юридичні особи та держава. Аналіз цього закону, ЦК України та інших нормативних актів цивільного законодавства дає можливість зробити висновок, що громадяни у заставні правовідносини можуть вступати з 18 років, тобто з виникненням дієздатності у повному обсязі, у тому випадку, якщо вони не визнані недієздатними і не обмежені у дієздатності. Особи, які взяли шлюб до досягення цього віку, набувають дієздатності у пов­ному обсязі з моменту одруження. Згідно з цивільним зако­нодавством суб'єктами цивільного права з різним обсягом прав та обов'язків можуть бути неповнолітні (до 15 років), частково дієздатні (15—18 років) та особи, визнані судом обмежено дієздатними. Всі названі категорії громадян мо­жуть мати певне майно на праві власності. При цьому питання про те, чи можуть усі вони виступати як сторони за­ставних правовідносин, прямо залежить від обсягу їхньої дієздатності.

***74 Глава 4***

Застава майна означає також і надання заставодержате-лю права звертати стягнення на предмет застави у разі, якщо в момент настання строку виконання зобов'язання, забезпе­ченого заставою, воно не буде виконане.

Закон України "Про заставу" (ст. 11) встановлює загальне правило про те, що заставодавець має бути власником майна або особою, якій власник у встановленому порядку передав майно і право його застави.

Аналізуючи положення законів України "Про заставу" та "Про власність" (ст. 37), можна зауважити, цю навіть зміни до Закону України "Про заставу", прийняті 25 лютого 1994 р.1, не внесли ясності до існуючої невизначеності у питанні про те, хто має бути заставодавцем державної власності. У п. 1 ст. 37 Закону України "Про власність" передбачається, що до права повного господарського відання застосовуються правила про право власності, якщо інше не передбачено за­конодавчими актами України. Якщо б вказаних змін до Зако­ну України "Про заставу" не було, то на підставі того, що повне господарське відання надає підприємству право володіння, користування та розпорядження переданим йому майном, можна було б зробити висновок про те, що державне підприємство могло б самостійно виступати його заставодав­цем. Однак відповідно до ч. 4 ст. 11 Закону України "Про за­ставу" нині це право обмежується тим, що значну частину майна підприємства слід передавати у заставу за згодою і на умовах, узгоджених з органом, уповноваженим управляти відповідним державним майном.

Приблизно така сама схема, як і для державних установ, має діяти при заставі майна орендатором. Оскільки передача майна в оренду не припиняє права власності, власник має право вільно заставляти майно. При цьому не порушуються права орендатора, оскільки ст. 23 Закону України "Про орен-

' Відповідно до доповнень до ст. 11 Закону України "Про заставу" державні підприємства, за якими майно закріплено на праві повного господарського відання, самостійно здійснюють заставу цього майна, за винятком застави цілісних майнових комплексів підприємств, їх струк­турних підрозділів, будівель та споруд, застава яких здійснюється з дозволу та на умовах, узгоджених з органами, уповноваженими управляти відповідним державним майном / Відомості Верховної Ради України. — 1995.

Способи забезпечення виконання зобов'язань 75

ду державного майна"1 передбачено, що при переході права власності до інших осіб (у тому числі і при реалізації застави) договір оренди зберігає силу для нового власника. В той же час, оскільки орендареві належить право власності на ви­готовлену продукцію і доход (прибуток), що отримані від орен­дованого майна, а також на інше майно, придбане ним згідно із законом, він має право заставляти його самостійно.

Що стосується застави майна, набутого орендарем за рахунок амортизаційних відрахувань, то відповідь на питання, хто може його заставити, залежить від того, чи передбачено у договорі те, що воно переходить у власність орендаря. Якщо так, то його заставодавцем буде орендар, якщо ні — то власник майна, яке орендується.

Необхідно звернути увагу на те, що заставодавцем може бути сам боржник, а також третя особа (майновий поручи­тель). При цьому відносини між таким заставодавцем і основ­ним боржником можуть мати різну природу і значення для за­стави не мають. Законодавство не передбачає ніяких обме­жень права бути заставодавцем для майнового поручителя, у тому числі немає ніяких обмежень і для того, щоб фізична особа виступила майновим поручителем юридичної особи або навпаки. Необхідною вимогою і в цьому випадку для за­ставодавця є те, що він має бути власником майна і повинен мати право на його відчуження.

16 вересня 1994 р. державний нотаріус Першої київської державної нотаріальної контори посвідчив договір застави квартири на забезпечення кредитного договору2. Заставо­давцем виступала третя особа (майновий поручитель) — гро­мадянин А.Л. Чечель, який передав у заставу свою квартиру для забезпечення договору між двома юридичними особами. Вказаний договір застави Радянський районний суд м. Києва безпідставно визнав недійсним3. У рішенні було вказано, що договір застави майна фізичної особи під кредит юридичної

' Відомості Верховно'і Ради України. — 1992. — № ЗО. — С. 47.

2 Договір застави № 2016969. Архів Першої київської державної нотаріальної контори за 1994 р.

3 Справа № 2-1134. Архів Радянського районного суду за 1995 р.

76 Глава 4

особи є недійсним, що суперечить чинному законодавству, зокрема ст. 178 ЦК України і ст. 11 Закону України "Про заставу".

Також безпідставні і суперечать законодавству доводи по справі про те, що боржник — юридична особа — не припиняв своєї діяльності, не виключений із реєстру діючих підпри­ємств, не визнаний банкрутом, і те, що заставодержатель не подав претензії юридичній особі, яка отримала кредит, а відразу звернувся з позовом про звернення стягнення на за­ставлене майно. Справа в тому, що відповідно до ч. 1 ст. 20 Закону України "Про заставу" заставодержатель набуває права звернення стягнення на предмет застави, якщо на мо­мент настання строку виконання зобов'язання, забезпечено­го заставою, воно не буде виконане.

Ще одна особливість договору застави, в якому бере участь майновий поручитель, передбачена ст. 26 цього зако­ну, за якою, якщо заставодавцем є третя особа, то в разі не­виконання зобов'язання, забезпеченого заставою, вона має право його виконати за боржника з метою запобігти звернен­ню стягнення на предмет застави. Слід погодитися з думкою Ч.Н. Азімова, що це є одним із специфічних випадків переве­дення боргу. "Специфіка полягає в тому, що третя особа може виконати зобов'язання всупереч бажанням як кредитора, так і боржника. Але це право у неї виникає за умови, що створено реальні передумови звернення стягнення на заставу, тобто на неналежне їй майно"1.

**Предмет застави.** Розглядаючи заставні відносини, слід звернути особливу вагу на предмет застави, оскільки він відіграє одну з ключових ролей у визначенні сфери її засто­сування. Це досить чітко відображено на прикладі законодав­ства нашої країни, яке спочатку (під час існування СРСР) різ­ко звузило сферу застави, виключивши з неї іпотеку, а сьогодні значно розширило її. У загальній формі предмет за­стави визначений у ч. 2 ст. 4 Закону України "Про заставу", де йдеться про те, що предметом застави може бути майно, яке відповідно до українського законодавства заставодавець може відчужувати та на яке може бути звернуто стягнення.

Азимов *ЧИ.* Залоговеє право. — Харьков, 1993. — С. 16.

Способи забезпечення виконання зобов'язань 77

Отже можна сказати, що не самі речі, а їхня вартість є осно­вою застави.

Частиною 4 ст. 4 Закону України "Про заставу" прямо передбачено, що предметом застави не можуть бути націо­нальні культурні та історичні цінності, що перебувають у дер­жавній власності і занесені або підлягають занесенню до Дер­жавного реєстру національного культурного надбання. Згідно з Положенням про цей реєстр, затвердженим постановою Кабінету Міністрів України від 12 серпня 1992 р. N° 466 до Державного реєстру вносяться: пам'ятки історії — будинки, споруди, пам'ятні місця і предмети, пов'язані з найважливі­шими історичними подіями у житті народу, розвитком науки, техніки, культури, життям і діяльністю видатних діячів;

пам'ятки архітектури та містобудування; пам'ятки мистецтва і документальні пам'ятки. Всі ці предмети, якщо вони пере­бувають у державній власності, не можуть бути предметом застави.

За чинним законодавством, предметом застави не може бути майно громадян, на яке не можна звернути стягнення за виконавчими документами. Перелік його поданий у додат­ку № 1 до ст. 379 Цивільно-процесуального кодексу України. До переліку входять жилий будинок з господарськими будів­лями або його окремі частини — у осіб, основною діяльністю яких є сільське господарство, якщо боржник та його сім'я постійно у ньому проживають, крім випадків, коли стягується позика, видана банком на будівництво будинку; а також речі, призначені для носіння та предмети побутового вжитку, необхідні боржникові та особам, які перебувають на його утриманні (одяг для кожної особи: одне літнє або осіннє паль­то і т.д.).

Згідно із ст. 5 Закону України "Про приватизаційні папери"1 заборонено також використовувати приватизаційні папери як заставу для забезпечення платежів або кредитів.

Слід зупинитися на можливості застави об'єктів, які нале­жать до власності народу України. Відповідно до ст. 13 Конституції України такими об'єктами є земля, її надра, повітряний простір, водні та інші природні ресурси, що знахо­дяться на території України, природні ресурси її континен-

' Відомості Верховної Ради України. — 1992. — № 24. — Ст. 352.

78 Глава 4

тального шельфу та виключної морської зони. Здається, що ці об'єкти можуть бути предметом застави, однак оскільки народ України здійснює своє право власності на ці об'єкти через органи державної влади та органи місцевого самовря­дування, то ці органи мають бути сторонами у відповідних правовідносинах.

Окреме питання — *застава землі.* Підкреслимо, що проб­лема реформування земельних відносин досить складна і має багато різних аспектів. Однак, необхідно звернути увагу на ряд моментів, пов'язаних із заставою землі. Важливим недо­ліком Закону України "Про заставу" є те, що в ньому відсутня окрема регламентація застави землі. Серед спеціальних норм щодо застави землі слід нагадати положення ст. 6 Зе­мельного кодексу України1 про те, що надана громадянинові у власність земельна ділянка може бути об'єктом застави лише за зобов'язаннями з участю кредитної установи. Те саме стосується земельної ділянки, яка передана у власність для ведення сільського (фермерського) господарства (ст. 25 Закону України "Про сільські (фермерські) господарства")2 і яка може бути об'єктом застави лише за зобов'язаннями з участю кредитної установи.

Слід зазначити, що законодавство України передбачає існування об'єктів права власності із спеціальним режимом права власності на них, який у свою чергу має враховуватися І при заставі такого майна. Йдеться принаймні про дві групи:

1) майно з особливою культурною цінністю; 2) зброя та спе­ціальна техніка.

Щодо застави майна, яке становить особливу культурну цінність, відзначимо, що найбільш детально питання здійснен­ня права власності на таке майно вирішене у Законі України "Про Національний архівний фонд та архівні установи"3. Від­повідно до ст. 22 цього закону власник володіє, користується та розпоряджається документами Національного архівного фонду з урахуванням обмежень, передбачених цією статтею, які виявляються у наступному.

' Відомості Верховної Ради України. — 1992. — № 25. — С. 354.

2 Відомості Верховної Ради України. — 1992. — Nв 14. — С. 186.

3 Відомості Верховної Ради України. — 1994. — № 15. — Ст. 86.

Способи забезпечення виконання зобов'язань 79

По-перше, їх не можна знищити.

По-друге, документи, які належать державі, не можуть бути об'єктами купівлі-продажу або інших угод, пов'язаних з пе­редачею права власності (тобто не можуть бути предметом застави). Стосовно права власності на документи цього фонду, які не належать державі, то вони відчужуються з пові­домленням Головного архівного управління при Кабінеті Міністрів України або уповноважених ним архівних установ за умови оформлення новим власником реєстраційного посвідчення. При цьому держава має переважне право на їх придбання.

По-третє, заборонено вивезення цих документів за межі України. Таким чином, договір про заставу документів Національного архівного фонду має укладатися з урахуван­ням вказаних особливостей.

Законом України "Про власність" встановлено, що законо­давством може бути визначений перелік видів майна, яке не може перебувати у власності громадян, громадських органі­зацій, міжнародних організацій та юридичних осіб інших дер­жав. Цей перелік затверджений Постановою Верховної Ради України "Про право власності на окремі види майна"1 від 17 червня 1992 р. з наступними змінами та доповненнями. Відповідно до цієї постанови не можуть перебувати у влас­ності вказаних суб'єктів: зброя та боєприпаси (крім мислив­ської, пневматичної та спортивної зброї та боєприпасів до неї); бойова та спеціальна військова техніка; бойові отруйні речовини; наркотичні, психотропні сильнодіючі отруйні лікарські засоби (крім отриманих громадянами за призначен­ням лікаря) та деякі інші речі. У додатку № 2 до вказаної пос­танови закріплено спеціальний порядок набуття права влас­ності на окремі види майна. У цьому переліку — мисливська, пневматична та спортивна зброя, об'єкти, що перебувають на державному обліку як пам'ятки історії та культури, радіо­активні речовини. Ці об'єкти можуть бути предметом застави лише з урахуванням вказаних обмежень на здійснення права власності на них.

Відомості Верховної Ради України. — 1992. — № 35. — Ст. 517.

80 Глава 4

Відповідно до ч. З ст. 4 та ст. 5 Закону України "Про заста­ву" предметом застави можуть бути як речі, так і їх невіддільні плоди, якщо інше не передбачено договором. При цьому на­ступний урожай та приплід від тварин безпідставно віднесені не до плодів, а до інших прибутків.

Предметом застави може бути і майно, яке перебуває на праві спільної власності. У зв'язку з тим, що для спільної влас­ності характерне здійснення права власності щодо неї в цілому рівною мірою кожним учасником, то для її відчуження необхідна згода всіх учасників. Тому майно, яке перебуває у спільній власності, може бути предметом застави лише за згодою всіх співвласників. За ст. 6 Закону України "Про за­ставу", майно, яке перебуває у спільній частковій власності (частки, паї), може бути самостійним предметом застави за умови виділення його в натурі.

Говорячи про заставу вимог, відзначимо, що предметом застави може бути лише відчужувана вимога. До невідчу-жуваних, невіддільних від особи вимог, які з цих причин не мо­жуть бути предметом застави, належать, наприклад, вимоги потерпілого від каліцтва до особи, яка спричинила каліцтво, про відшкодування шкоди; вимоги, що виникають із спадкових прав. Однак, здається, що немає перешкод для того, щоб самі перелічені вимоги були б забезпечені заставою. Зокрема, до­пускається забезпечення таких невід'ємних від особи вимог, як право на аліментне забезпечення.

Відповідно до ст. 4 Закону України "Про заставу" предме­том застави можуть бути майнові права. Слід окремо зупи­нитися на можливості застави авторських прав. Іноді у літе­ратурі зустрічається твердження, що ці права можуть бути предметом застави1. Однак, на наш погляд, прихильники цієї точки зору не враховують того, що суб'єктивні права автора поділяються на два види — особисті та майнові. Особистими правами автора є право на авторство, право на авторське ім'я, право на опублікування свого твору та на його недотор­канність. Ці права новідчужувані і відповідно не можуть бути предметом застави^

Див.: *Юмашев А.С., Беадудньїй М.А* Залог й его использование в коммерческих целях. — М., 1992. — С 6

Способи забезпечення виконання зобов'язань 81

Заставленими можуть бути майнові авторські права, тобто право на винагороду за створення та використання твору, право на відшкодування збитків, які завдані незаконним використанням твору. Слід зазначити, що невідчужуваність прав може встановити законодавство.

**Форма та зміст договору застави. Припинення застави.** Аналіз Закону України "Про заставу" дає можливість зробити висновок, що договір про заставу є двостороннім, який всту­пає в силу, за загальним правилом, з моменту укладення до­говору. Коли договір підлягає нотаріальному засвідченню — з моменту нотаріального оформлення, якщо предмет застави відповідно до Закону або договору повинен знаходитися у заставодержателя — з моменту передачі йому предмета за­стави, а якщо предмет передано до укладення договору — з моменту його укладення. Застава цінних паперів може від­буватися шляхом передачі їх заставодержателю чи на депо­зит нотаріальної контори або банку. Моментом вступу в силу договору в останньому випадку є передача цінних паперів вказаним організаціям.

Відповідно до ст. 12 Закону України "Про заставу", за за­гальним правилом, у договорі застави має бути вказано на­йменування (прізвище, ім'я та по батькові), місцезнаходжен­ня (місце проживання) сторін, суть забезпеченої заставою вимоги, її розмір та строк виконання забезпеченого зобов'я­зання, опис предмета застави. Також у договорі застави мо­жуть міститися й інші умови, щодо яких за заявою однієї із сторін має бути досягнуто згоди.

Договір застави вимагає письмової форми, яка може бути простою і нотаріальною. Коли предметом застави є нерухоме майно, транспортні засоби, космічні об'єкти, договір має бути нотаріально посвідчений на підставі відповідних правоуста-новчих документів. Посвідчення застави нерухомого майна відбувається у нотаріальних органах за місцезнаходженням цього майна, договір застави транспортних засобів та косміч­них об'єктів — за місцем реєстрації їх. Законодавством України можуть бути передбачені й інші випадки нотаріаль­ного посвідчення застави. Сторони здійснюють нотаріальне посвідчення застави і тоді, коли це не є обов'язковим, але на цьому наполягає один із контрагентів.

82 Глава 4

Аналіз ст. 14 Закону України "Про заставу" дає можливість зробити висновок, що недодержання нотаріального оформ­лення тягне за собою недійсність угоди з наслідками, які передбачені ст. 48 ЦК України. Тобто встановлено, що при недійсності угоди кожна із сторін зобов'язана повернути іншій стороні все отримане за угодою, а коли неможливо повернути отримане в натурі — відшкодувати його вартість у грошах, якщо інші наслідки недійсності угоди не передбачені Законом. Але ст. 47 ЦК України, яка регулює наслідки недодержання обов'язкової форми угоди, встановлює винятки з цього за­гального правила: "якщо одна із сторін повністю або частково виконала угоду, а інша сторона ухиляється від нотаріального оформлення угоди, суд має право на вимогу сторони, яка виконала угоду, визнати угоду дійсною. Наступне нотаріальне оформлення не вимагається". Таким чином, заставодавець має право звернутися до суду про визнання угоди дійсною, якщо заставодержатель ухиляється від нотаріального оформ­лення застави.

Законом "Про внесення змін в Закон України "Про заста­ву" від 21 жовтня 1997 р. передбачено, що в тому разі, коли предметом застави є рухоме майно, реєстрація застави не пов'язана з моментом виникнення застави. Цим законом за­мість Книги реєстрації застави запроваджується реєстрація застави рухомого майна в Державному реєстрі застав рухо­мого майна. При цьому інформація вказаного реєстру є відкритою для всіх юридичних та фізичних осіб. Однак дер­жавна реєстрація застави рухомого майна у відповідному Державному реєстрі не є обов'язковою. В новій редакції ч. З ст. 15 Закону України "Про заставу" йдеться про те, що заста­ва рухомого майна не повинна, а всього лише може бути зареєстрована в Державному реєстрі. Автори цих змін пла­нують досягнути зацікавленості сторін у реєстрації заяви рухомості не прямою вказівкою закону, що було б у подібній ситуації найкращим шляхом, а за допомогою внесення змін до ст. 18 цього закону.

Суть вказаних змін полягає в тому, що заставодержатель зареєстрованої в Державному реєстрі застави отримує пере­важне право на задоволення своїх вимог з предмета застави порівняно з заставодержателями незареєстрованих застав та тих застав, які були зареєстровані пізніше. На наш погляд,

Способи забезпечення виконання зобов'язань 83

дані доповнення схвалити досить важко, оскільки вони не тільки порушують загальний принцип привілею права першого заставодержателя порівняно з наступними заставодержате­лями — так званий принцип старшинства застав, а й значно ускладнюють становище заставодержателя, особливого того, який став заставодержателем до вступу в силу вказаної норми.

З моменту укладення договору між його сторонами виникає ряд взаємних прав та обов'язків, які можна поділити на дві групи: 1) права та обов'язки, що є загальними для всіх видів застави; 2) права та обов'язки, що залежать від виду застави.

Щодо прав та обов'язків, які загальні для всіх видів застави, детальніше слід зупинитися на можливості розпоряджатися предметом застави та наступної застави (перезастави) пред­мета застави.

Відповідно до ст. 17 Закону України "Про заставу" заставо­давець зберігає право розпорядження заставленим майном, якщо інше не встановлено законом чи договором. Однак обмеження, що накладаються на право заставодавця по роз­порядженню предметом застави, цим не вичерпуються. Вже в ч. 2 цієї статті право розпорядження заставленим майном серйозно обмежується — заставодавець може відчужувати заставлене майно тільки за згодою заставодержателя за умови переходу до нового заставодавця основного боргу, який забезпечений заставою. Крім того, заставодавець при продажу заставленого майна повинен попередити покупця про те, що майно заставлене, оскільки за правом слідування застава слідує за річчю. Цей обов'язок продавця базується не лише на вищезгаданому законі, а й на ст. 229 ЦК України, відповідно до якої при укладенні договору купівлі-продажу продавець зобов'язаний попередити покупця про всі права третіх осіб на річ, що продається (у тому числі право застави). Невиконання цього правила надає покупцеві право вимагати зменшення ціни або розірвання договору і відшкодування збитків.

Правове становище заставодержателя при цьому також не погіршується, адже у разі невиконання зобов'язання він має право отримати задоволення з вартості заставленого майна незалежно відтого, у кого воно перебуває, оскільки застава відповідно до ст. 27 Закону України "Про заставу" зберігає

84 Глава 4

силу і при переході предмета застави у власність іншої особи. Однак заставодавець втрачає право розпорядження предме­том застави в момент виникнення у заставодержателя права звернути стягнення на заставлене майно.

Своєрідним видом розпорядження предметом застави є його наступна перезастава1. Причому тут також на заставо­давця можуть накладатися певні обмеження, які, правда, мають дещо слабший характер, ніж при прямому відчуженні заставленого майна, і сформульовані так (ч. 1 ст. 18 Закону України "Про заставу"): "Наступна застава вже заставленого майна допускається в разі, якщо інше не передбачено зако­ном і попередніми договорами застави".

Головними особливостями перезастави є, по-перше, те, що заставодавець зобов'язаний повідомити кожного із заста-водержателів про всі попередні застави та про характер і розмір забезпечених цими заставами вимог. Якщо заставо­давець не зробив цього, то на нього покладається зобов'я­зання відшкодувати всі збитки, які виникли внаслідок цього у кого-небудь із заставодержателів; по-друге, те, що при пере­заставі діє так зване "право старшинства", тобто правило, за яким вимоги заставодержателя, у якого право застави ви­никло пізніше, задовольняються з вартості предмета застави після повного забезпечення вимог попередніх заставодержа­телів. З цього загального правила Законом України "Про вне­сення змін в Закон України "Про заставу" від 21 жовтня 1997 р. встановлено такий виняток: "Якщо предметом за­стави є рухоме майно, заставодержатель зареєстрованої за­стави має переважне право на задоволення вимог із застав­леного майна перед заставодержателями незареєстрованих застав і заставодержателями застав, які зареєстровані пізніше".

Принципове значення для характеристики застави мають підстави її припинення і способи реалізації заставного права. Стаття 28 Закону України "Про заставу" встановлює, що право застави припиняється в разі: 1) припинення забезпе­ченого заставою зобов'язання; 2) загибелі заставленого майна; 3) набуття заставодержателем права власності на за-

К., 1912.

Див: Звоницкий А.С. О залоге по русскому праву. С. 324.

Способи забезпечення виконання зобов'язань 85

ставлене майно; 4) примусового продажу заставленого майна; 5) закінчення строку дії права, яке становить предмет застави. Хоч перелік підстав припинення застави, які перед­бачені в цій статті є вичерпним, однак неможливо забо­ронити, наприклад, виконати зобов'язання зарахуванням. Можливі й інші законні способи припинення застави.

Оскільки застава має акцесорний характер щодо забезпе­чуваного нею зобов'язання, то виконання або припинення останнього веде до автоматичного припинення права за­стави, адже застава завжди встановлюється з метою забез­печити певну вимогу. При частковому виконанні боржником забезпеченої заставою вимоги, застава зберігається в пов­ному обсязі. Ця вимога — прямий наслідок дії принципу неподільності предмета застави. Зазначимо, що припинення права застави при загибелі заставленого майна і при пере­ході права власності на предмет застави до заставодержате­ля є наслідком речового характеру застави.

Однак найактуальнішою підставою припинення заставних правовідносин є звернення стягнення на об'єкт застави. Зна­чення цієї підстави визначається, по-перше тим, що саме від неї фактично залежить ефективність та застосовність за­стави, оскільки "суть застави полягає в тому, що заставодер­жатель у разі невиконання боржником своїх зобов'язань дістає можливість задовольнити свої вимоги за рахунок за­ставленого майна"1. А саме речове забезпечення вимоги, як ефективніше порівняно з особистим забезпеченням, може бути по-справжньому втілено тільки за наявності простого та діючого механізму реалізації застави. По-друге, його можна розглядати як своєрідний "фінал заставних правовідносин, що стоїть за часом від моменту виникнення максимально далеко порівняно з усіма іншими підставами припинення застави і тим самим найповніше відтворює модель заставних правовідносин"2.

Говорячи про примусовий продаж заставленого майна як про підставу припинення застави, зазначимо, що відповідно до ч. 1 ст. 20 Закону України "Про заставу" заставодержатель

' *Вигрянский В.* Обеспечание исполнения обязательств // Хозяйстео й право. — 1995. — № 10. — С. 10.

*Черньїх А.В.* Залог надвижимости в российском праве. — М., 1995. -

**С.76.**

86 Глава 4

набуває права звернути стягнення на предмет застави, якщо в момент настання строку виконання зобов'язання, що за­безпечене заставою, воно не буде виконано, якщо інше не передбачено законом або договором.

Даючи загальну характеристику механізму реалізації застави, підкреслимо, що на підставі законодавства цей процес проходить за два етапи. Перший, передбачений ч. 6 ст. 20 цього закону і полягає в тому, що спочатку заставодав­цю необхідно отримати відповідне рішення судового органу, якщо інше не встановлено законом чи договором. Посилання на закон сьогодні фактично не має ніякого значення, оскільки спеціальних законів, які встановлюють позасудовий поря­док звернення стягенння поки що немає. Можливість же встановити порядок звернення стягнення на предмет застави в самому договорі застави, яка запроваджена Законом України від 21 жовтня 1997 р., безумовно спрощує процеду­ру задоволення вимог заставодержателя, однак саме внаслідок свого договірного характеру веде до того, що як тільки ця умова перестане задовольняти сторони, його реалізація буде досить проблематичною. Вказаний закон чітко встановив, що звернення стягнення на заставлене майно державного підприємства (підприємства, не менше як 50 відсотків акцій (часток, паїв) якого перебуває в державній власності) здійснюється тільки за рішенням суду чи арбітражного суду.

Допускається також звернення стягнення на заставлене майно в безспірному порядку на підставі виконавчого напису нотаріальних органів у випадках, спеціально передбачених законодавством України (постанова Ради Міністрів України від 12 жовтня 1976 р. № 483 з наступними змінами та допов­неннями). З аналізу цієї постанови випливає висновок проте, що реалізація заставного права на підставі виконавчого напису нотаріуса можлива тільки в тому разі, якщо відповід­ний договір про заставу був нотаріально посвідчений. Для отримання виконавчого напису надається оригінал нота­ріально посвідченого договору та документ, що встановлює прострочення виконання. Таким чином, на першому етапі, якщо відсутнє добровільне виконання заставодавцем своїх зобов'язань перед заставодержателем, останній повинен

Способи забезпечення виконання зобов'язань 87

отримати як підставу для реалізації застави виконавчий лист, виданий на основі рішення суду чи третейського суду, чи на­казу, який виданий на підставі рішення арбітражного суду, або виконавчий напис нотаріуса.

Другий етап реалізації прав заставодержателя— звернен­ня стягнення на заставлене майно здійснюється відповідно до ч. 7 ст. 20 та ст. 21 Закону України Про заставу", згідно з якими його реалізація проводиться судовим виконавцем на підставі виконавчого листа або наказу арбітражного суду, або виконавчого напису нотаріальних органів, якщо інше не передбачено цим законом або договором. При зверненні стягнення на майно державного підприємства (відкритого акціонерного товариства, створеного в процесі корпоратиза-ції, всі акції якого перебувають у державній власності) реалі­зацію заставленого майна здійснює на тих самих підставах відповідний орган приватизації.

Сама реалізація заставленого майна проводиться з аукціонів (публічних торгів), якщо інше не передбачено дого­вором, а державних підприємств і відкритих акціонерних товариств, створених у процесі корпоратизації, всі акції яких перебувають у державній власності, — тільки з аукціонів (публічних торгів). Якщо аукціон (публічні торги) не відбувся, то заставодержатель за згодою заставодавця може залишити заставлене майно у себе. Коли заставодавець такої згоди не дав, заставлене майно реалізується у встановленому поряд­ку, якщо інше не передбачено договором1.

Певні особливості має реалізація заставлених валютних цінностей (відбувається в порядку, встановленому валютним законодавством) і реалізація заставлених прав. Відповідно до ст. 23 Закону України "Про заставу" при заставі майнових прав реалізація предмета застави проходить шляхом уступки заставодавцем заставодержателю вимоги, яка випливає із заставленого права. Заставодержатель набуває права вима­гати в судовому порядку переведення на себе заставленого права в момент виникнення права звернення стягнення на предмет застави.

\* В даний час спеціального порядку проведення аукціону немає.

**88 *Глава 4***

**Види застави.** Після завершення аналізу загальних поло­жень заставного права наступним кроком у його вивченні має стати детальніше дослідження його окремих видів, оскіль­ки, по-перше, для кожного виду характерні свої особливості правового регулювання, а, по-друге, ті самі загальні поло­ження саме й виявляються через конкретні види застави.

Слід зазначити, що в законі спеціальної статті про види за­стави немає. В той же час поняття про загальні підходи українського законодавця до поділу застави на окремі види можна отримати із структури Закону України "Про заставу". Проаналізувавши його, можна зробити висновок про те, що Закон як самостійні види застави виділяє: 1) іпотеку; 2) за­ставу товарів в обороті або у переробці; 3) заклад; 4) заставу майнових прав; 5) заставу цінних паперів. Безумовно, що така класифікація видів не зовсім досконала і досить умовна, але вона практично здатна, оскільки дає можливість отрима­ти уявлення про особливості правового регулювання зазна­чених видів застави.

Відповідно до ст. ЗО Закону України "Про заставу" *іпотекою* визнається застава землі, нерухомого майна, при якій земля та (або) майно, що становить предмет застави, залишається у заставодавця або третьої особи. При цьому в ст. 31 пред­метом застави називається майно, що пов'язане із зем­лею—будинок, споруда, квартира, підприємство (його струк­турні підрозділи) як цілісний майновий комплекс, а також інше майно, що віднесене законодавством до нерухомого. Пред­метом іпотеки може бути також земельна ділянка, що пере­буває у власності громадянина, та багаторічні насадження.

Крім того, в розділ "Іпотека" цього закону входить ст. 39 "Застава транспортних засобів та космічних об'єктів", у якій йдеться про те, що застава транспортних засобів і космічних об'єктів, які залишаються у володінні заставодавця, здійснює­ться в порядку, передбаченому розділом II Закону. Таким чином, із змісту цієї статті випливає, що транспортні засоби і космічні об'єкти, хоч і не визнаються нерухомістю, однак їх застава відбувається за правилами іпотеки.

Зазначимо, що Закон України "Про заставу" (ст. 38), передбачивши можливість застави земельних ділянок, на жаль визначив лише два питання. По-перше, ст. 31 встанов­лює, що предметом іпотеки можуть бути також належні гро­мадянам на праві приватної власності земельні ділянки, по-

***Способи забезпечення виконання зобов'язань 89***

друге, ст. 37 передбачає, що при іпотеці будинку чи споруди предметом застави разом з ним є також і право на користу­вання земельною ділянкою, на якій розташовані вказані об'єкти. Цього явно недостатньо, і тому одним з головних напрямків розвитку заставного законодавства має стати вдосконалення норм про іпотеку земельних ділянок.

Аналізуючи іпотеку нерухомого майна, відзначимо, що згідно із ст. 31 Закону України "Про заставу" предметом іпотеки може бути майно, пов'язане із землею (тобто нерухо­ме) — будинок, споруда, квартира, підприємство (його струк­турні підрозділи) як цілісний майновий комплекс, та інше майно, віднесене законодавством до нерухомого. В свою чергу за основним призначенням предметів нерухомості розрізняють: 1) іпотеку жилих будинків, квартир, дач, при­садибних будинків, гаражів; 2) іпотеку підприємств, будівель, споруд та інших виробничих об'єктів.

В цілому можна відмітити, що включення у сферу іпотеки можливості іпотеки підприємства, безумовно, явище пози­тивне. При цьому встановлено, що, якщо інше не передбачено законом або договором, іпотека підприємства поширюється на все його майно, в тому числі на основні фонди та оборотні засоби, а також інші цінності, які відображені в самостійному балансі підприємства. Отже можна зробити висновок, що відповідно до Закону України "Про заставу" під майновим комплексом підприємства (його структурного підрозділу) можна розуміти все майно підприємства, в тому числі його основні фонди і оборотні засоби, а також інші цінності, які відображені в балансі підприємства1.

Далі слід відзначити, що в заставних правовідносинах під­приємство може бути як суб'єктом, так і об'єктом правовід­носин. При цьому ми погоджуємося з І.Н. Кучеренко в тому, що "підприємство не може виступати в цивільному праві як суб'єкт правових відносин. Цю функцію виконує суб'єкт ци­вільних відносин — юридична особа"2. Таким чином, коли під­приємство є суб'єктом права застави (заставляє своє май­но), воно виступає як юридична особа, а коли воно саме є предметом застави (іпотеки), виступає як майновий комплекс.

Відомості Верховної Ради України. — 1995. — № 15. — Ст. 99. 2 Власник і право власності / За ред. Я.Н. Шевченко. — К., 1994. — С. 80

90 Глава 4

При цьому підприємство, як єдине ціле, може виступати тільки як предмет іпотеки, а його заставодавцем виступає власник або уповноважений ним орган. Певною мірою Закон України "Про заставу" розв'язує це питання, встановлюючи, що застава цілісного майнового комплексу державного підприємства та його структурних підрозділів здійснюється з дозволу органу, який уповноважений управляти відповідним державним майном.

Договір іпотеки встановлює певні права та обов'язки сто­рін, які характерні саме для іпотеки і пов'язані з особливос­тями її природи. Так, відповідно до ст. 34 названого закону іпотечний заставодавець має право: володіти і користуватися предметом застави відповідно до його призначення; достро­ково виконати основне зобов'язання, якщо це не суперечить змісту зобов'язання; передати предмет застави в оренду або реалізувати його з переведенням на набувача основного боргу, забезпеченого заставою. Однак останні два повнова­ження заставодавець може здійснити лише на підставі письмової згоди заставодержателя.

Разом з тим на заставодавцеві лежить ряд обов'язків. На підставі ст. 35 цього закону він зобов'язаний, якщо інше не встановлено законом або договором, здійснити ряд дій. По-перше, вживати заходів, необхідних для збереження предмета застави, включаючи проведення поточного та капі­тального ремонту. По-друге, на період дії договору застраху­вати заставлене майно за свій рахунок у повному обсязі і на користь заставодержателя. По-третє, у разі загибелі предме­та застави надати аналогічне за вартістю нерухоме майно чи незалежно від настання терміну виконання виконати зобов'я­зання в повному обсязі. По-четверте, одержувати згоду за­ставодержателя на вчинення дій, що пов'язані зі зміною права власності на предмет застави.

Відповідними правами, що перелічені в статтях 33 та 36 Закону України "Про заставу" володіє й заставодержатель. Основним з них є право вимагати дострокового виконання забезпеченого іпотекою зобов'язання у разі порушення за­ставодавцем узятих на себе зобов'язань по зберіганню пред­мета застави. Однак йдеться не про всі порушення, а лише про ті, що пов'язані з невжиттям заходів по збереженню пред­мета іпотеки та з відмовою його застрахувати. В цьому

Способи забезпечення виконання зобов'язань 91

випадку заставодержатель має право звернути стягнення на предмет застави. Право вимагати дострокового виконання основного зобов'язання надається йому, якщо заставода­вець відмовляється страхувати предмет іпотеки. В той же час при такій відмові заставодержатель може застрахувати пред­мет іпотеки за свій рахунок в інтересах заставодавця з пок­ладенням на останнього витрат по страхуванню. Заставодер­жатель може також перевіряти документально і фактично наявність, розмір, стан і умови збереження предмета заста­ви; вимагати від будь-якої особи припинення посягання на предмет застави, яке загрожує втратою або пошкодженням його.

У зв'язку з тим, що іпотека підприємства тягне за собою серйозний фінансовий ризик для кредитора, йому надаються деякі додаткові права, що перелічені в частинах 2 і 3 ст. 38 Закону України "Про заставу". А саме, заставодавець майно­вого комплексу підприємства зобов'язаний на вимогу заста-водержатепя надати йому річний баланс.

Якщо предмет застави втрачено не з вини заставодержа­теля і заставодавець його не відновив або за згодою заста-водержатепя не замінив іншим майном такої самої вартості, заставодержатель має право вимагати дострокового вико­нання забезпеченого заставою зобов'язання.

Крім того передбачено, що при невиконанні зобов'язання, забезпеченого іпотекою майнового комплексу підприємства, застоводержатель має право вжити передбачених договором іпотеки заходів щодо оздоровлення фінансового становища підприємства, включаючи призначення своїх представників до керівних органів підприємства, обмеження в праві розпо­ряджатися виробленою продукцією та іншим майном під­приємства. Якщо вказані заходи не дали бажаних резуль­татів, заставодержатель має право звернути стягнення на майно підприємства, яке перебуває в іпотеці.

Зупинимось на деяких моментах звернення стягнення на предмет іпотеки. В першу чергу, необхідно знову торкнутись іпотеки підприємства. Підкреслимо, що відповідно до ст. 38 Закону України "Про заставу" в договорі іпотеки або прямо в законі може бути передбачено, що майновий комплекс під­приємства переходить до заставодержателя. При цьому остаточна оцінка предмета іпотеки визначається на момент

92 Глава 4

переходу майнового комплексу підприємства за згодою за­ставодавця та заставодержателя, а при виникненні спору — за рішенням судових органів.

Слід звернути увагу на таку обставину, пов'язану з іпоте­кою підприємств. А.В. Черних висловив думку про те, що, оскільки в цьому випадку реалізується майно як сукупність речей, прав та обов'язків, складається ситуація, коли новий власник разом з майновим комплексом підприємства на­буває і обов'язку передачі прибутку від його діяльності під­приємствам засновникам1. На нашу думку, з цим не можна погодитись з таких причин. При переході права власності на підприємство відбувається перехід прав засновників на при­буток до нового власника, а засновники, як попередні влас­ники підприємства, отримають різницю між виручкою від реалізації підприємства і сумою боргу.

Необхідно взяти до уваги звернення стягнення на квартиру чи жилий будинок2 або, інакше кажучи, можливість самостій­ного використання заставодержателем житлового приміщен­ня після звернення на нього стягнення і наступного виселен­ня з такого приміщення заставодавця, членів його сім'ї, інших осіб, що мають право користуватися відповідними приміщен­нями3. На нашу думку, при цьому слід враховувати такі обставини.

По-перше, оскільки невиконання основного зобов'язання веде до зміни власності на предмет застави (в даному випад­ку — квартиру), то у разі, коли користування нею випливає з права власності, воно повинно припинятися. Однак за дого­вором іпотеки жилого, приміщення може бути передбачено, що якщо вказане приміщення є єдиним місцем проживання для власника, то він може зберегти за собою право користу­вання цим приміщенням на основі договору найму.

По-друге, якщо право користування жилим приміщенням грунтується не на праві власності, а на інших підставах (дого-

' Див: *Черньїх А.В.* Залог недвижимости в российском праве. — М., 1995. — С. 76.

2 Це пов'язано в першу чергу з тим, що нині більша кількість зобо­в'язань забезпечується іпотекою квартири та інших жилих приміщень.

3 Див.: *Бушев А.* Залог квартири: правовьіе проблемьі // Хозяйство й право. — 1995. — № 2. — С. 121.

Способи забезпечення виконання зобов'язань 93

вір найму), то при зміні власника жилого приміщення новий власник права автоматично виселяти осіб, що користуються правом користування жилим приміщенням, не набуває, хоч, безумовно, це значно звужує можливості іпотеки квартир.

Форма договору іпотеки регулюється на основі ст. 32 За­кону України "Про заставу", де зазначено, що договір про іпо­теку має бути нотаріально посвідчений. При цьому дер­жавний нотаріус, якщо це передбачено договором, одночасно із посвідченням договору накладає заборону на відчуження предмета іпотеки. Якщо такий договір посвідчений приватним нотаріусом, підставою для накладення державним нотаріусом заборони є повідомлення приватного нотаріуса про посвідчення ним договору, яким передбачається накладення заборони відчуження.

Ще одним видом застави із залишенням майна у заставо­давця є *застава товарів в обороті або у переробці.* В резуль­таті свого розвитку застава товарів в обороті або у переробці набула кількох основних ознак, які дають можливість виділити її як самостійний вид застави. Цими ознаками є такі. По-перше, це те, що предмет застави залишається у заставо­давця. По-друге, заставодавець має право змінювати склад і натуральну форму предмета застави, оскільки замість індивідуально-визначеної речі предметом застави є речі, визна­чені родовими ознаками. По-третє, специфічними умовами договору товарів в обороті або у переробці є визначення у ньому родових ознак предмета застави, його загальної вар­тості і, як правило, місця в якому він знаходиться. По-четвер­те, з одного боку, майно перестає бути предметом застави як тільки воно виходить з володіння заставодавця, а з друго­го, — нове майно заставодавця, яке підпадає під родову ха­рактеристику предмета застави, що потрапляє у володіння заставодавця, стає предметом застави в рамках його вар­тості. По-п'яте, якщо в договорі визначено місцезнаходження предмета застави, то майно виключається з предмета за­стави і включається до його складу і в тому разі, коли змінюється його місцезнаходження.

Відповідно до ст. 40 Закону України "Про заставу" встанов­люється, що предметом застави товарів в обороті або в пере­робці може бути сировина, напівфабрикати, комплектуючі вироби, готова продукція. При цьому ст. 43 передбачає, що

***04***

Глава 4

при відчуженні заставлених товарів заставодавець зобов'я­заний замінити їх іншими товарами такої самої або більшої вартості. Зменшення вартості замінених товарів допускає­ться тільки у випадках, коли це здійснено за домовленістю сторін щодо погашення частки початкової заборгованості. Підкреслимо, що серед обов'язкових умов договору про за­ставу товарів в обороті або у переробці ст. 41 цього закону передбачає необхідність визначення у договорі виду товару, інших його родових ознак, а також видів товарів, якими може бути замінений предмет застави.

Виходячи з цього, можна зробити такий висновок про предмет застави. По-перше, слід визначити загальну вартість предмета застави, яка може бути зменшена лише при змен­шенні основного зобов'язання. По-друге, заставодавцеві на­дано право в межах цієї загальної вартості змінювати нату­ральну форму застави, оскільки йдеться про заставу речей, визначених родовими ознаками, наприклад, коли договір кредиту забезпечується заставою в одну тонну цукру. Отже, не має значення, де вироблений цей цукор — у Полтавській чи Вінницькій області. Однак виникає питання, чи можна у випадку, якщо предметом застави товару в обороті є коксо­ване вугілля замінити його на буре, зберігаючи загальну вартість предмета? Іншими словами, в договорі варто також визначити межі зміни складу і натуральної форми предмета застави.

Склад заставленого майна — це сукупність його кількісних та якісних характеристик, яким, як правило, властиве використання метрологічних одиниць ваги, об'єму, довжини і т.д., тобто тонн, кубічних метрів, кілометрів. Якісна характе­ристика визначається або на основі встановлених стандартів, або за згодою сторін. Зміна складу заставлених товарів озна­чає фізичну заміну одного товару на інший. При цьому кількість та якість змінюватися не можуть. Тобто новий товар повинен мати аналогічні характристики. Таким чином, у на­шому прикладі заміна коксованого вугілля на буре сама по собі без спеціального застереження в договорі про допусти­мість такої заміни можлива тільки в тому рідкісному випадку, коли предмет застави визначено без конкретної вказівки на кількість і вид вугілля за формулою "вугілля вартістю Х грн.".

Способи забезпечення виконання зобов'язань 95

Тому склад предмета договору застави в обороті і можливість його заміни на інші види товарів при укладенні до­говору мають бути застережені дуже детально. Така сама ^вимога стосується і договору застави в переробці, але тут слід мати на увазі, що в процесі переробки товару його кількісні та якісні характеристики змінюються. Цю особливість слід враховувати в договорі.

Отже, розглядаючи заставу товарів в обороті або пере­робці, неможливо не звернути увагу на динамічність предме­та застави, тобто необхідність врахування того, що сам по собі предмет застави перебуває не у статичному положенні, а у постійній зміні. Саме така динамічність предмета застави товарів в обороті чи переробці дає можливість спростувати висловлену в літературі думку, що цей вид застави харак­теризується тим, що при його використанні не додержується Таке важливе положення заставного права, як те, що заста­ва зберігає силу при переході права власності від заставодав­ця до другої особи"1. Однак справа тут у тому, що при заставі товарів в обороті чи переробці застава зберігає свою силу і для нового власника, але йдеться не про власника окремої одиниці товару, а власника предмета застави в цілому.

Ще однією властивістю застави товарів в обороті чи пере­робці є значна роль місцезнаходження предмета застави. Ця роль визначається тим, що при заставі товарів в обороті чи переробці внаслідок того, що предметом застави є не індивідуально-визначена річ, а майно, визначене родовими ознаками, важливе значення має момент виникнення за­ставного права.

Значення цього моменту виникнення заставного права визначається тим, що реалізовані заставодавцем товари перестають бути предметом застави з моменту вручення їх набувачеві або транспортній організації' для відправлення на­бувачеві чи передачі на пошту для пересилки набувачеві, а набуті заставодавцем товари, передбачені в договорі за­стави, стають предметом застави з моменту виникнення на них права власності. Однак, якщо раніше ми підкреслювали, що недостатня визначеність предмета застави обмежує

*Певзнер А.О. О* залоге // Зкономика й жизнь. — 1992. — № 29. —

С.4.

96 Глава 4

права заставодержателя, то невизначеність місця зберігання ставить у невигідне становище заставодавця, оскільки будь-яке його майно, що збігається за видовими ознаками з пред­метом застави, може бути включене до його складу і ста­новитиме предмет застави. І тому кращим способом забез­печення визначеності предмета застави товарів в обороті чи переробці є точна вказівка його місцезнаходження.

Як правило, основним критерієм розподілу застави на самостійні види є володіння предметом застави. Якщо таким володільцем є заставодержатель, то така застава нази­вається закладом.

Відповідно до ст. 44 Закону України "Про заставу" під за­кладом розуміють заставу рухомого майна, при якій майно, що становить предмет застави, передається заставодавцем у володіння заставодержателя. Це визначення звертає на себе увагу тим, що обмежує предмет закладу тільки рухомим майном.

Аналізуючи заклад, можна виділити дві його основні особливості. Перша з них полягає в тому, що при закладі відбувається передача предмета застави у володіння заста­водержателя. Однак передача предмета застави у володіння не завжди означає його буквальну передачу заставодержа-телю. Згідно з положеннями ч. 2 ст. 44 згаданого закону за угодою між заставодержателем і заставодавцем предмет за­стави може бути залишений у заставодавця під замком та печаткою заставодержателя (тверда застава). Отже індиві-дуально-визначена річ може бути залишена у заставодавця з накладенням знаків, які засвідчують заставу. Таким чином, по тому, де перебуває предмет застави виділяють звичайний заклад і твердий заклад. Твердий заклад характеризується тим, що предмет застави залишається у заставодавця, однак встановлюються спеціальні позначення, що свідчать про те, що предмет заставлений. Відмінності між цими двома видами закладу полягають у тому, що до твердого закладу застосову­ються всі правила звичайного закладу, якщо це не супере­чить суті відносин заставодержателя із заставодавцем при такій заставі.

Друга особливість закладу полягає в тому, що оскільки предмет застави передається заставодавцеві, у нього вини­кає можливість користуватися заставленим майном (крім

Способи забезпечення виконання зобов'язань 97

випадків твердої застави). Однак ця можливість не має ха­рактеру "автоматичної презумпції", її ще потрібно реалізува­ти, і тому ст. 46 Закону України "Про заставу" встановлює, що -заставодержатель має право користуватися предметом за­кладу тільки у тому разі, якщо це передбачено договором.

У зв'язку з тим, що предмет закладу передається у воло­діння заставодержателя, закон більшу увагу приділяє законо­давчому закріпленню його прав та обов'язків. Цим питанням присвячені статті 45, 46 та 48 названого закону. Оскільки предмет застави при закладі переходить у володіння заста­водержателя, головним його обов'язком є належне збере­ження і вжиття необхідних заходів для збереження заставле­ного майна. Заставодержатель також зобов'язаний страху­вати предмет закладу в обсязі його вартості за рахунок та в інтересах заставодавця, сплачувати податки та збори, пов'я­зані з володінням заставленою річчю. Заставодержатель повинен негайно повідомити заставодавця про виникнення загрози загибелі, зменшення вартості чи пошкодження майна. При цьому засобом захисту інтересів заставодержа­теля від можливої недобросовісності заставодавця є правило проте, що якщо загроза виникла не з його вини, він має право вимагати заміни предмета закладу, а в разі відмови заставо­давця виконати цю вимогу може достроково звернути стяг­нення на предмет закладу.

З можливістю заставодержателя користуватися предме­том застави пов'язана друга група його обов'язків. Встанов­лено, що коли користування предметом застави пов'язано з отриманням доходів, то такі доходи спрямовуються на покриття витрат на утримання предмета закладу, а також за­раховуються у рахунок погашення відсотків по боргу, забез­печеного закладом зобов'язання або самого боргу, зокрема позики. При цьому, оскільки власником речі продовжує зали­шатись заставодавець, слід погодитись з Є. І. Колюшиним у тому, що розподіл названих доходів не може бути предметом угоди сторін. З вказаного випливає обов'язок заставодержа­теля регулярно надсилати заставодавцеві звіт про користу­вання предметом закладу і право заставодавця у будь-який час вимагати припинення застави та (або) достроково вико­нати забезпечене закладом зобов'язання, якщо заставодер-

4 О. Дзера

***98 Глава \****

жатель зберігає або використовує предмет закладу нена лежним чином.

Ще однією особливістю закладу, пов'язаною з тим, цю його предмет перебуває у володінні заставодержателя, є те, цю заставодержатель відповідає за втрату, недостачу або пошкодження предмета закладу, якщо не доведе, що така втрата, недостача або пошкодження виникли не з його вини.

Якщо заставодержателем є ломбард або інша організація, для якої надання кредитів громадянам під заклад є предме­том її діяльності, то їх відповідальність ще вища. Ці організації звільняються від відповідальності, якщо доведуть, що втрата, недостача або пошкодження предмета закладу сталися вна­слідок непереборної сили. Тому заставодержатель зобов'яза­ний довести наявність обставин, які є необхідними і достат­німи для його звільнення від відповідальності за втрату, недо­стачу або пошкодження предмета застави.

Однією з найважливіших новел цивільного законодавства, передбачених Законом України "Про заставу", є запрова­дження або скоріше рецепція застави прав.

Природа застави *прав* досить складна і теоретично ураз­лива. Л. Кассо пропонував вважати заставу вимоги умовною цесією на користь заставного кредитора1.3 цим можна пого­дитись, оскільки вказана схема точно описує характер право­відносин між заставодавцем (квазіцедентом) і заставодержа­телем (квазіцесіонарієм), але погано узгоджується із загаль­ною моделлю застави як акцесорного зобов'язання, що ство­рює водночас і речово-правовий зв'язок. Тому доводиться вводити згадану раніше, при розгляді природи застави фікцію їх речовості2.

За змістом розділу V "Застава майнових прав" Закону України "Про заставу" предметом застави можуть бути тільки майнові права. Відповідно до ст. 49 цього закону заставода­вець може укласти договір застави як належних йому на мо­мент укладення договору прав вимоги за зобов'язаннями, у яких він виступає кредитором, так і тих, що можуть виникнути

' Див.: *Кассо Л.* Понятие залога в современном праве. — Юрьев, 1898. — С. 243.

2 Див.: *Медведев* Д-4. Российский закон о залого // Правоведение. — 1992.—№5.—С. 21.

***Способи* забезпечення *виконання зобов'язань 99***

в майбутньому. При цьому слід мати на увазі положення ст. 4 названого закону про те, що предметом застави не можуть ^бути вимоги особистого характеру, а також інші вимоги, за­става яких забороняється законом. Необхідно взяти до уваги також, що майнові права можуть мати строковий характер. Наприклад, майнові права, що виникли з патенту на промис­ловий зразок, існують 10 років (на прохання власника патенту строк його дії може бути подовжений Держпатентом України, але не більше ніж на 5 років). Такі права вимоги, що належать заставодавцеві, можуть бути предметом застави тільки до закінчення строку його дії. Крім того, оскільки в договорі має бути вказана особа, яка є боржником щодо заставодавця (видавництво, патентонабувач і т.д.), предметом застави мо­жуть бути тільки такі майнові права, при заставі яких відомий боржник.

При заставі прав, якщо інше не передбачено договором, на основі ст. 50 Закону України "Про заставу" заставодавець зобов'язаний: виконати дії, необхідні для забезпечення дій­сності заставленого права; не поступатися заставленим пра­вом; не виконувати дій, що можуть призвести до припинення заставленого права або зменшення його вартості; захищати заставлене право від третіх осіб; надавати заставодержате-леві відомості про зміни в заставленому праві, про його пору­шення третіми особами та про домагання третіх осіб на це право. Якщо заставодавець не виконує цих вимог, заставо­держатель має право вимагати у судовому порядку переве­дення заставленого права на себе. Крім того, заставодержа­тель може вступати у справу як третя особа в судовому спорі, в якому розглядається позов про заставлене право, а також самостійно вживати всіх заходів, необхідних для захисту за­ставленого права проти порушень з боку третіх осіб.

Стаття 52 Закону України "Про заставу" встановлює, цю у випадку, коли боржник заставодавця до виконання останнім зобов'язання, забезпеченого заставою, виконає своє зобо­в'язання, все одержане при цьому заставодавцем стає пред­метом застави, про що заставодавець зобов'язаний негайно повідомити заставодержателя. При одержанні від свого боржника в рахунок виконання зобов'язання грошових сум заставодавець зобов'язаний на вимогу заставодержателя перерахувати відповідні суми на рахунок виконання зобов'я-

4\*

Глава 4

зання, забезпеченого заставою, якщо інше не передбачено договором застави.

Своєрідним видом застави прав є застава *цінних паперів.* На основі ст. 53 Закону України "Про заставу" застава век­селя чи іншого цінного папера, що передаються індосамен­том, здійснюється шляхом індосаменту і вручення заставо-держателеві індосованого цінного папера. Застава цінного папера, який не може бути переданий шляхом індосаменту, здійснюється за угодою заставодержателя та особи, на ім'я якої було видано цінний папір. Зазначимо, що якщо законом чи договором не передбачено інше, купонні листки на виплату відсотків дивідендів та інші доходи від зазначеного в цінному папері права є предметом договору застави, якщо вони пере­дані кредиторові заставного зобов'язання (ст. 54 Закону України "Про заставу").

**Утримання**

Інститут утримання відсутній у чинному ЦК України. Однак цей спосіб застосовувався ще за часів дореволюційного російського законодавства. Відомий він і зарубіжному законодавству.

Особливість такого забезпечення виконання зобов'язань, як утримання, полягає в тому, що кредитор має право утри­мувати річ боржника до виконання ним його зобов'язання безпосередньо. Це право випливає із закону і для того, щоб кредитор міг реально реалізувати право на утримання речі, немає потреби на спеціальну вказівку в договорі.

Однак, як правило, норми про право утримання речі кредитором є диспозитивними, і сторони в своєму договорі можуть заздалегідь або обмежити, або і зовсім виключити право на утримання речі.

Правом утримання може скористатися *зберігач за* догово­ром зберігання, який очікує оплати послуг, пов'язаних із збе­ріганням речі, перевізник за договором перевезення, який не видає вантаж одержувачеві до проведення повного розра­хунку за виконане перевезення, підрядчик, який не пере­дає замовникові виготовлену річ до оплати виконаних робіт тощо.

Способи забезпечення виконання зобов'язань 101

У проекті ЦК України передбачається серед речово-пра­вових способів забезпечення право утримання речі. Так, відповідно до ст. 615 кредитор, у якого перебувала річ, що Ті належить передати боржникові або особі, зазначеній боржником, у разі невиконання боржником у строк зобов'я­зання щодо оплати цієї речі або компенсації кредиторові пов'язаних з нею витрат та інших збитків має право утримувати цю річ доти, доки відповідне зобов'язання не буде виконано. Утриманням речі можуть забезпечуватися й інші вимоги кредитора, якщо це передбачено в угоді.

Кредитор має право утримувати річ, що перебуває у нього, незалежно від набуття третіми особами прав на неї, якщо ці права виникли після того, як річ потрапила у володіння кредитора.

Однак, беручи річ в утримання, кредитор приймає на себе певні обов'язки. Насамперед кредитор, який утримує річ, зобов'язаний негайно повідомити про це боржника.

На кредитора переходить певний ризик за випадкове по­шкодження або втрату речі, яку він утримує. Він відповідає за втрату, псування або пошкодження утримуваного майна, якщо не доведе, що це сталося внаслідок дії непереборної сили.

Кредитор, утримуючи річ, не набуває права користуватися цією річчю. Таким чином, власником утримуваної речі зали­шається боржник або за певних умов третя особа. До кре­дитора, який утримує річ і не є її власником, внаслідок утри­мання речі не переходить право власності. Оскільки сам факт утримання речі не змінює статусу власності, боржник, хоч і обмежується реалізацією права утримання в своїх правомочностях (він не може володіти та користуватися річчю), але зберігає можливість розпоряджатися нею. Однак боржник, здійснюючи акт розпорядження утримуваною річчю, повинен повідомити набувача речі про факт утримання речі І права кредитора.

Вимоги кредитора, який утримує річ, задовольняються з її вартості в обсязі і порядку, що передабчені для задоволення вимог, забезпечених заставою.

Проте, хоч деякі правила про заставу і застосовуються до відносин щодо утримання речі, право отримання речі за своєю правовою природою значно відрізняється від права застави.

Глава 4

По-перше, підставою виникнення застави є, як правило, договір і, як виняток, пряма вказівка закону. Підставою ж виникнення права утримання визнається перебування у кредитора майна боржника.

По-друге, утримання не несе на собі таку невід'ємну озна­ку застави, як право слідування. Навпаки, вибуття майна з фактичного володіння кредитора припиняє право утримання, а тому суб'єкт права утримання, на відміну від заставодержателя при закладі, не наділений правом витребувати предмет утримання у третіх осіб.

По-третє, Істотними умовами договору застави є предмет застави та його оцінка, в той час як утримання майна є одно­стороннім правочином, а предмет утримання не індиві­дуалізується1.

Глава 5. Відповідальність за порушення зобов'язань

§ 1. Поняття та значення цивільно-правової відповідальності

Цивільне право як система правових норм регулює майнові та особисті немайнові відносини, основані на юридичній рівності, вільному волевиявленні, майновій самостійності та широкій свободі їх учасників у визначенні своїх прав та обов'язків. В умовах переходу до ринкової економіки додержання порядку, дисципліни, умов, прийнятих за договором зобов'язань, набуває особливої ваги.

Цінність цивільного права полягає в тому, що воно у своїх нормах містить широкий арсенал засобів впливу на поведінку громадян та організацій через їхні інтереси і за допомогою інтересів. Одним із таких засобів впливу на майнові інтереси осіб є застосування до правопорушника майнових санкцій, зокрема цивільно-правової відповідальності.

Питання про суть санкції та її співвідношення з поняттям відповідальності залишається дискусійним як у літературі із загальної теорії права, так і в галузевих юридичних науках. Зазначаючи, що санкція безпосередньо пов'язана з вимогою певної поведінки, яка міститься у правовій нормі, О.Е. Лейст писав: "У юридичному обов'язку відображено вимогу належ­ної поведінки, а санкція —спосіб державного примусу до

704 Глава 5

виконання (додержання) цієї вимоги, загроза примусом на випадок її порушення"1.

Стосовно цивільно-правових відносин 0.0. Красавчиков під санкцією розумів установлену законом міру майнових або інших правових невигідних для особи наслідків, які застосову­ються в разі недодержання закону, невиконання прийнятих зобов'язань, заподіяння шкоди або за наявності інших перед­бачених законом підстав2. Так, зокрема, санкцією в цьому розумінні є примус до виконання обов'язку в натурі (ст. 208 ЦК). У разі невиконання зобов'язання передати індивідуально-визначену річ у власність або користування кредиторові останній має право вимагати відібрання цієї речі у боржника і передачі її йому, кредиторові.

Цивільно-правова відповідальність як різновид санкції — це покладення на правопорушника основаних на законі невигідних правових наслідків, які виявляються у позбавленні його пев­них прав або в заміні невиконаного обов'язку новим, або у приєднанні до невиконаного обов'язку нового, додаткового3.

Покладення на особу нових, додаткових обов'язків як міри відповідальності має місце, зокрема, при пред'явленні до пра­вопорушника вимог про відшкодування ним збитків або спла­ту неустойки (штрафу, пені). Так, за договором поставки, укладеним строком на один рік, постачальник повинен здійснювати поставку покупцеві товарів рівномірно рівними щомісячними партіями. Якщо, наприклад, протягом одного місяця (скажімо, квітня такого-то року) поставки товарів не було, непоставлена в цьому місяці кількість товарів підлягає поставці в наступному місяці поточного року за умови, що покупець у встановленому порядку не відмовиться від про­строчених поставкою товарів. За порушення умов договору щодо кількості поставки постачальник, крім того, повинен відшкодувати завдані покупцеві збитки (ст. 203 ЦК) і сплатити неустойку, якщо вона передбачена договором. Отже, до основного обов'язку— допоставити товари — приєднуються

' *Лейст 0.3.* Санкции и ответственность по советскому праву (теоретические проблемы). — М„ 1981. — С. 23.

2 Див.: *Красавчиков О.А.* Ответственность, меры защиты и санкции в советском гражданском права // Проблеми гражданско-правовой ответ-ственности и защиты гражданских прав. — Свердловск, 1973. — С. 13.

3 Див.: *Иоффе О.С.* Ответственность по советскому гражданскому праву. — С. 14.

Відповідальність за порушення зобов'язань 105

нові, додаткові обов'язки у вигляді відшкодування збитків або сплати неустойки.

Мірою цивільно-правової відповідальності є також втрата завдатку однією стороною або повернення його у подвійному розмірі другою стороною. Завдатком визнається грошова сума, що видається однією з договірних сторін у рахунок на­лежних з неї за договором платежів другій стороні на під­твердження укладення договору і забезпечення його вико­нання. Якщо за невиконання договору відповідальною є сто­рона, яка дала завдаток, то він залишається у другої сторони. Коли ж відповідальною за невиконання договору є сторона, яка одержала завдаток, вона повинна сплатити другій стороні подвійну суму завдатку.

І відшкодування збитків, і сплата неустойки, і втрата зав­датку є додатковими (до основного) обов'язками, бо основ­ний обов'язок боржника полягає у передачі майна, виконанні роботи, наданні послуг тощо і він виконується на еквіва­лентних та сплатних засадах. Сплачуючи ж неустойку, втра­чаючи завдаток або відшкодовуючи кредиторові заподіяні збитки, боржник не отримує від нього жодної компенсації, отже на боржника покладаються всі невигідні майнові наслід­ки порушення зобов'язання.

За ознакою примусу С.М. Братусь пропонував розмежову­вати обов'язок, що виконується добровільно, і юридичний обов'язок, що виконується за допомогою державного при­мусу. На його думку, юридична відповідальність — це вико­нання обов'язку на основі державного або прирівняного до нього громадського примусу, добровільне ж виконання обов'язку юридичною відповідальністю бути не може1. З такою думкою важко погодитись, бо в такому разі не визна­ватиметься відповідальністю добровільна сплата боржником сум неустойки чи збитків, які він перерахував на користь кре­дитора платіжним дорученням, і навпаки, відповідальністю вважатиметься примусове виконання добровільно невикона­ного обов'язку (наприклад, відібрання речі у боржника).

Підкреслюючи, що обов'язок і відповідальність взаємо­пов'язані, А.М. Савицька правильно відзначила, що цей явний взаємозв'язок не може бути підставою для їх ототожнення в

1 Див.: *Братусь СИ.* Юридическая ответственность и законность (теоретические аспекты). — М., 1976. — С. 80.

**тов**

**Глава 5**

разі примусового виконання обов'язку, в основі якого лежить мета — реальне виконання зобов'язання. За допомогою примусу боржник вчиняє дії, які він добровільно не виконав, і таким чином досягається мета, що ставилася при виникнен­ні зобов'язання. Цивільна відповідальність виступає як засіб спонукання, стимулювання боржника добровільно виконати свій обов'язок. І якщо порівняти відповідальність і примусове здійснення добровільно не виконаного обов'язку, то останнє виступає як мета, а відповідальність — як засіб1.

Від цивільно-правової відповідальності як покладення на правопорушника нового додаткового обов'язку або позбав­лення суб'єктивного цивільного права слід відрізняти засоби оперативного впливу (оперативні санкції). Останні не віднов­люють початкового майнового стану потерпілої сторони, а спрямовані на запобігання конкретним порушенням у май­бутньому, виконують забезпечувальну функцію, мають за­стережливий характер і можуть застосовуватися в оператив­ному порядку односторонньо управомоченою стороною без звернення до юрисдикційного органу. Так, якщо підрядчик не приступає своєчасно до виконання договору або виконує роботу настільки повільно, що закінчити Ті до строку стає явно неможливим, замовник має право відмовитися від договору і вимагати відшкодування збитків (ч. 1 ст. 347 ЦК). Тут одно­стороння відмова замовника від договору є засобом опера­тивного впливу, а відшкодування збитків — мірою цивільно-правової відповідальності підрядчика за затримку виконання робіт за договором підряду.

Значення цивільно-правової відповідальності розкриває­ться через її функції. По-перше, встановлюючи обов'язок правопорушника відновити порушене право управомоченої особи, зокрема відшкодувати заподіяні їй збитки, інститут відповідальності виконує компенсаційну роль. По-друге, за­гроза застосування засобів відповідальності покликана попе­реджувати вчинення правопорушення суб'єктами цивільних правовідносин, виховувати їх у дусі поваги до закону, до прав та інтересів інших осіб, неухильного виконання прийнятих на себе обов'язків. По-третє, як вид юридичної відповідальності цивільно-правова відповідальність є негативною реакцією

Див.: Савицька А.М. Суть цивільно-правової відповідальності // Юридична відповідальність. — Л., 1975. — С. 5—6.

Відповідальність за порушення зобов'язань 107

держави на скоєні правопорушення, яка полягає в його осуд­женні суспільством і державою і, отже, є карою для правопо­рушника. По-четверте, застосування мір відповідальності до особи, що порушує зобов'язання, може негативно позна­читися на її матеріальному і фінансовому становищі, призвес­ти до банкрутства господарюючого суб'єкта, а це є сигналом про неблагополучний стан організації' 1 необхідність ужиття заходів до Ті оздоровлення (наприклад, санації).

Ефективність цивільно-правової відповідальності залежить передусім від Ті застосування, реалізації до конкретних осіб, винних у скоєнні цивільного правопорушення. Проте, керу­ючись принципом диспозитивності, властивим як цивільному праву в цілому, так і окремим його інститутам, зокрема інсти­туту відповідальності, потерпіла сторона сама вирішує, засто­совувати чи не застосовувати міри відповідальності до пра­вопорушника. Іншими словами, застосування майнових або немайнових санкцій, у тому числі відповідальності, за чинним законодавством є правом, а не обов'язком суб'єктів цивіль­них правовідносин. Це стосується і юридичних осіб, які самостійно вирішують питання щодо здійснення належних їм прав.

§ 2. Види договірної відповідальності

У цивільному законодавстві розрізняють види відповідальності за різними критеріями. Так, за підста­вами виникнення прав та обов'язків, за порушення яких вста­новлено відповідальність, вона поділяється на договірну та позадоговірну.

*Договірною* вважається відповідальність у формі відшкоду­вання збитків, сплати неустойки, втрати завдатку або позбав­лення суб'єктивного права за невиконання або неналежне виконання зобов'язання, яке виникло з договору. Наприклад, за поставку товарів, які виявилися недоброякісними (брак), постачальник сплачує покупцеві штраф у розмірі 20 відсотків від вартості цих товарів, повертає суму — вартість товарів, якщо вона була сплачена покупцем, а також відшкодовує витрати, завдані покупцеві у зв'язку з проведенням експерти­зи, зберіганням, поверненням забракованих товарів поста-

108 Глава 5

чальникові тощо. Відповідальність тут є договірною, бо вона настає **за** порушення обов'язків, які основані на договорі поставки.

*Позадоговірною* (або *недоговрною) е* відповідальність, що настає за вчинення протиправних дій однією особою щодо іншої за відсутності між ними договору або незалежно від наявних між ними договірних відносин. Така відповідальність настає за порушення обов'язку, встановленого законом або підзаконним актом, і найчастіше виражається у формі відшко­дування збитків. Так, у разі заподіяння каліцтва або іншого ушкодження здоров'я організація чи громадянин, відповідаль­ні за шкоду, зобов'язані відшкодувати потерпілому заробіток, втрачений ним внаслідок втрати або зменшення працездат­ності, виплатити потерпілому одноразову допомогу у вста­новленому законом порядку та компенсувати витрати, спри­чинені ушкодженням здоров'я, зокрема на посилене харчу­вання, протезування, сторонній догляд тощо (статті 455 і 456 ЦК). У цьому разі відповідальність є позадоговірною, хоч по­терпілий з організацією чи громадянином може перебувати у трудових договірних відносинах.

У пункті 2 роз'яснення Президії Вищого арбітражного суду України "Про деякі питання практики вирішення спорів, пов'я­заних з відшкодуванням шкоди" від 1 квітня 1994 р.1 звер­тається увага на необхідність відрізняти обов'язок боржника відшкодувати збитки, заподіяні невиконанням або неналеж­ним виконанням зобов'язання, що виникло з договору (ст. 203 ЦК), від позадоговірної шкоди, тобто від зобов'язан­ня, яке виникло внаслідок заподіяння шкоди (глава 40 ЦК). Звичайно, можуть мати місце випадки, коли сторони перебу­вають у договірних Відносинах, але заподіяння шкоди однією із сторін другій стороні не пов'язано з виконанням зобов'я­зання, що випливає з цього договору. За таких обставин, незалежно від наявності договору, при вирішенні спору слід керуватися главою 40 ЦК. За правилами про позадоговірну відповідальність здійснюється відшкодування шкоди, заподія­ної внаслідок загибелі (смерті) чи ушкодження здоров'я пасажира під час користування транспортом, а також шкоди,

Збірник офіційних документів Вищого арбітражного суду України. — К., 1997.—С. 83-84.

Відповідальність за порушення зобов'язань 109

заподіяної здоров'ю або майну споживача товарами (робо­тами, послугами) неналежної якості (ст. 17 Закону України "Про захист прав споживачів").

У цивільно-правовому зобов'язанні з боку кредитора або боржника можуть діяти дві або більше осіб. Залежно від розподілу прав та обов'язків між суб'єктами зобов'язання із множинністю осіб розрізняють часткові (пайові), солідарні та додаткові (субсидіарні) зобов'язання. Відповідальність за порушення цих зобов'язань теж буває частковою, солідарною або субсидіарною.

Часткове зобов'язання має місце тоді, коли в ньому беруть участь кілька кредиторів або кілька боржників і кожен із кре­диторів має право вимагати виконання, а кожен з боржників повинен виконати зобов'язання у певній частці (пайці). При­пускається, що ці частки є рівними, якщо інше не випливає із закону або договору. В зобов'язаннях, які виникли з частко­вих договорів між організаціями, право кредитора вимагати виконання та обов'язок боржника виконати зобов'язання визначається у частках, що встановлюються договором (ст. 173 ЦК). При *частковій* відповідальності кожна із зобов'я­заних осіб відшкодовує збитки і сплачує неустойку пропорцій­но до розміру своєї частки спільного боргу.

Солідарні зобов'язання виникають тоді, коли вони перед­бачені договором, встановлені законом чи іншими правовими актами, зокрема при неподільності предмета зобов'язання. Якщо, наприклад, у такому зобов'язанні є один кредитор і кілька боржників, то кредитор має право вимагати виконання як від усіх боржників разом, так і від кожного з них окремо, причому як повністю, так і в частині боргу. Не одержавши повного задоволення своїх вимог від одного із солідарних боржників, кредитор має право вимагати неодержане з решти солідарних боржників. Усі боржники залишаються зобов'язаними доти, доки зобов'язання не буде виконано повністю. Виконання солідарного зобов'язання повністю одним із боржників звільняє решту боржників від сплати боргу кредиторові (статті 174 і 175 ЦК). Отже, при порушенні солі­дарного обов'язку настає *солідарна* відповідальність, при якій кредитор може вимагати сплати неустойки або відшкоду­вання збитків як від усіх боржників разом, так і з кожного з них окремо. Так, відповідно до ст. 192 ЦК України за догово­ром поруки в разі невиконання зобов'язання боржник і

***110 Глава 5***

поручитель відповідають перед кредитором як солідарні боржники, причому поручитель відповідає в тому самому обсязі, як і боржник, зокрема відповідає за сплату відсотків, відшкодування збитків, сплату неустойки, якщо інше не вста­новлено договором поруки.

*Субсидіарна (додаткова)* відповідальність настає тоді, коли існують основне і додаткове до нього зобов'язання і одне, і друге порушені.

Нові положення щодо субсидіарної відповідальності містить ст. 641 проекту ЦК України. До заявлення вимоги до особи, яка відповідно до закону, Інших правових актів або умов зобо­в'язання несе відповідальність додатково до відповідальності іншої особи, що є основним боржником (субсидіарну відпові­дальність), кредитор повинен заявити вимогу до основного боржника. Якщо основний боржник відмовився задовольнити вимогу кредитора або кредитор не одержав від нього в розум­ний строк відповіді на заявлену вимогу, ця вимога в повному обсязі може бути заявлена до особи, яка несе субсидіарну відповідальність. Кредитор не має права вимагати задово­лення своєї вимоги до основного боржника від особи, яка несе субсидіарну відповідальність, якщо ця вимога може бути задоволена шляхом зарахування зустрічної вимоги до основ­ного боржника або безспірного стягнення коштів з основного боржника. Особа, яка несе субсидіарну відповідальність, повинна до задоволення вимоги, поставленої їй кредитором, попередити про це основного боржника, а якщо до цієї особи вчинено позов, — залучити основного боржника до участі у справі. Інакше основний боржник має право висунути проти регресної вимоги особи, що відповідає субсидіарно, запере­чення, які він мав проти кредитора.

За загальним правилом, цивільне законодавство передба­чає обов'язок боржника (заподіювана) перед кредитором (потерпілим) відшкодувати збитки у повному обсязі. Це стосується як витрат, що зроблені кредитором, втрати або пошкодження його майна, так і не одержаних кредитором доходів, які б він одержав, якби боржник виконав зобо­в'язання (ст. 203 ЦК).

Відповідальність у цих випадках вважається *повною.* За окремими видами зобов'язань законодавство може вста­новити обмежену відповідальність за невиконання або нена­лежне виконання зобов'язань (ч. 1 ст. 206 ЦК). Це означає,

Відповідальність за порушення зобов'язань їїі

що за порушення обов'язку сплачується лише неустойка, а збитки не відшкодовуються або хоч і відшкодовуються, але не в повному обсязі. Так, відповідно до ч. З ст. 13 Закону України "Про транспорт" підприємства транспорту відповідають за втрату, нестачу, псування або пошкодження прийнятого до перевезення вантажу або багажу у розмірі фактичної шкоди, тобто неодержані доходи в цих зобов'язаннях не відшкодовуються.

Згідно зі ст. 204 ЦК, якщо за невиконання або неналежне виконання зобов'язання встановлено неустойку, то збитки відшкодовують у частині, яка не покрита неустойкою. Зако­нодавством або договором можуть бути передбачені випад­ки: коли допускається стягнення лише неустойки, але не збитків; коли збитки можуть бути стягнені у повні сумі понад неустойку; коли за вибором кредитора можуть бути стягнені або неустойка, або збитки.

Повне відшкодування збитків, заподіяних порушенням договірних зобов'язань між організаціями, передбачено нині у сферах поставки, купівлі-продажу, деяких підрядних відно­синах тощо. Стосовно ж більшості інших господарських зобов'язань (постачання енергії та газу, перевезення, капі­тальне будівництво, проектні роботи тощо) передбачається не повна, а обмежена відповідальність за порушення договорів або у формі виплаченої неустойки (коли допускається стяг­нення лише неустойки, але не збитків), або у формі дійсної (фактичної) шкоди без права відшкодування упущеної вигоди. В умовах переведення економіки на ринкові засади не можна визнавати нормальним такий стан у законодавстві, коли принцип повного відшкодування збитків при порушенні зобо­в'язань не здійснюється з потрібною послідовністю у всьому ланцюжку господарських зв'язків, а обмежується лише окремими його ланками.

За проектом нового ЦК повне відшкодування збитків набу­ває широкого застосування.

Насамперед у співвідношенні неустойки і збитків як форми відповідальності загальною стає штрафна неустойка, а не залікова (як за ст. 204 ЦК), тобто якщо за порушення зобов'язання встановлено неустойку, то Ті стягнуть у повному розмірі понад відшкодування збитків (п. 1 ст. 632 проекту ЦК). У зобов'язаннях з участю суб'єктів підприємництва, замість обмеженої, запроваджується, як правило, повна майнова

***112 Глава 5***

відповідальність. Так, якщо за чинним ЦК за невиконання або неналежне виконання обов'язків за договором на капітальне будівництво відповідальна сторона сплачує за це встановлену неустойку (пеню), а також відшкодовує в сумі, не покритій не­устойкою, збитки, що виявилися у зроблених другою сторо­ною витратах, у втраті або пошкодженні її майна (ч. 1 ст. 356 ЦК), то за проектом нового ЦК України за порушення обов'язків за договором будівельного підряду замовник і підрядчик сплачують передбачену договором або законом неустойку та відшкодовують у повному обсязі збитки (п. 2 ст. 940, ст. 943 проекту ЦК).

З окремих видів зобов'язань закон чи інші правові акти мо­жуть встановлювати підвищену (зокрема, кратну) відпові­дальність **за** порушення цивільних прав та обов'язків. Так, за Законом України "Про бібліотеки і. бібліотечну справу" від 27 січня 1995 р. користувачі бібліотечних послуг мають право одержувати в користування книги, документи та інші носії інформації з бібліотечних фондів відповідно до правил користування бібліотекою, користуватися послугами довід­ково-інформаційного, бібліографічного характеру та одержу­вати інші послуги (в тому числі і платні). Правила користуван­ня бібліотечним фондом можуть передбачати кратне відшко­дування шкоди у зв'язку з втратою, знищенням, пошкоджен­ням або крадіжкою книг, документів, інших носив інформації, в тому числі окремих одиниць бібліотечного фонду (статті 20 і 23 Закону).

§ 3. Умови (підстави) *ї.* відповідальності

Цивільно-правова відповідальність є нега­тивним для порушника наслідком вчиненого ним правопо­рушення. Юридичною підставою такої відповідальності є закон, а фактичною — склад цивільного правопорушення. Вона настає за наявності таких умов:

• протиправної поведінки (дії чи бездіяльності) особи;

Відповідальність за порушення зобов'язань\_\_\_\_\_\_\_

• шкідливого результату такої поведінки (шкоди);

• причинного зв'язку між протиправною поведінкою і шко­дою;

• вини особи, яка заподіяла шкоду.

Перші три умови — протиправність, шкода та причинний зв'язок— є об'єктивними, а четверта — вина — є суб'єктив­ною підставою цивільно-правової відповідальності.

Протиправною вважається така поведінка особи, яка по­рушує приписи закону чи іншого нормативного акта, або виявилася у невиконанні чи неналежному виконанні договір­ного зобов'язання.

Протиправність поведінки боржника або кредитора поля­гає в порушенні договірного зобов'язання. Відповідно до ст. 630 проекту ЦК України порушенням зобов'язання є неви­конання або неналежне виконання, тобто виконання з пору­шенням умов, визначених змістом зобов'язання. Одним із видів порушення зобов'язання є прострочення боржника або кредитора. Судити про прострочення боржника або креди­тора можна тоді, коли порівняти встановлені законом чи до­говором послідовність і строки виконання сторонами своїх обов'язків і фактичну наявність (або відсутність) такого вико­нання у визначений час.

Простроченням боржника є невиконання ним зобов'язан­ня в обумовлений строк (термін). Боржник не визнається таким, що прострочив, поки зобов'язання не може бути вико­нане внаслідок прострочення кредитора (ч. З ст. 214 ЦК). Кредитор вважається таким, що прострочив, якщо він відмо­вився прийняти належне виконання, запропоноване боржни­ком, або не зробив дій, до вчинення яких боржник не міг виконати свого зобов'язання (ч. 1 ст. 215 ЦК).

Шкода є другою неодмінною умовою цивільно-правової відповідальності у формі відшкодування збитків. Під шкодою розуміють зменшення або втрату (загибель) певного особис­того чи майнового блага. Залежно від об'єкта правопорушен­ня розрізняють майнову або немайнову (наприклад, мораль­ну) шкоду.

Грошовий вираз майнової шкоди називають ще збитками. В ЦК України про відшкодування збитків як спосіб захисту цивільних прав йдеться у ч. 1 ст. 6, але питання про структуру збитків, умови та порядок стягнення їх вирішуються в нормах

**ТЇ4 *Глава 5***

зобов'язального права. Зокрема, в ч. 2 ст. 203 ЦК під збит­ками розуміються витрати, зроблені кредитором, втрата або пошкодження його майна, а також неодержані кредитором доходи, які б він одержав, якби боржник виконав зобо­в'язання. Проте проблема відшкодування збитків виникає не лише при невиконанні чи неналежному виконанні зобов'я­зань, а й при порушенні інших прав та обов'язків (особистих немайнових, інтелектуальної власності тощо). Ось чому доцільно правила про відшкодування збитків та компенсацію моральної шкоди вмістити серед основних положень Книги 1 (загальна частина) проекту ЦК України.

Відповідно до ст. 21 проекту ЦК особа, якій завдано збитків у результаті порушення Ті цивільного права, має право на їх відшкодування. Збитками вважаються: 1) 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); 2) доходи, які особа могла б реально одержати за звичайних обставин, якби її право не було порушене (упущена вигода). Збитки відшкодовуються у повному обсязі, якщо законом або дого­вором не передбачено відшкодування у меншому або більшому розмірі. Якщо особа, що порушила право, одержала завдяки цьому доходи, то розмір збитків, які відшкодовуються потерпілій особі у зв'язку з неодержанням доходів, не може бути менший від доходів, що їх одержав порушник права.

Щоб стягнути зазнані збитки, потерпіла особа має довести їх наявність і розмір. Відповідно до пунктів 2—4 ст. 631 про­екту ЦК України розмір збитків, завданих порушенням зобо­в'язань, доводить кредитор. Якщо інше не передбачено зако­ном, іншими правовими актами або договором, під час визна­чення збитків беруться до уваги ринкові ціни, що існували на день добровільного задоволення вимоги кредитора, у місці, де зобов'язання має бути виконане, а якщо вимога не буде за­доволена добровільно, — у день вчинення позову. Суд може задовольнити вимогу щодо відшкодування збитків, беручи до уваги ринкові ціни, що існували на день ухвалення рішення. Під час визначення неодержаних доходів (упущеної вигоди) враховуються вжиті кредитором заходи для їх одержання і здійснені з цією метою приготування.

***Відповідальність за порушення зобов'язань Ні***

Звичайно, визначення розміру збитків, завданих порушен ням цивільних прав, особливо неодержаних доходів, на практиці не завжди легко можна здійснити. Навіть у тих сфе­рах договірних відносин, де майнова відповідальність не обмежена, пред'явлення вимог до винних контрагентів про повне відшкодування збитків за порушення зобов'язань — рідкісне явище у господарській та арбітражній практиці. Це зу­мовлено, зокрема, і відсутністю апробованих методик щодо підрахунку збитків, якими могли б керуватися працівники юридичних служб підприємств, інших суб'єктів господарюван­ня в обгрунтуванні вимог про відшкодування збитків. Для того, щоб договірно-правова і претензійно-позовна робота була дієвим інструментом у взаємовідносинах підприємства з його контрагентами, необхідно налагодити у всіх підрозділах чіткий облік виконання зобов'язань як його контрагентами, так і самим підприємством.

Порушення особистих і майнових прав може спричинити виникнення у потерпілої особи моральної (немайнової) шкоди. Право на відшкодування моральної шкоди, завданої порушенням договірних зобов'язань, виникає лише у випад­ках, передбачених законом або договором, зокрема при заподіянні моральної шкоди товаром неналежної якості, придбаним у роздрібній торговельній мережі (ст. 24 Закону України " Про захист прав споживачів").

Однією з необхідних умов цивільно-правової відповідаль­ності є наявність безпосереднього причинного зв'язку між протиправною поведінкою правопорушника і збитками потерпілої сторони. Мається на увазі, що протиправна дія або бездіяльність заподіювача є причиною, а збитки, що виникли у потерпілої особи, — наслідком протиправної поведінки заподіювача.

Для покладення відповідальності за цивільне правопору­шення, крім зазначених вище трьох об'єктивних умов — протиправності, збитків і причинного зв'язку, за загальним правилом, необхідна ще одна умова — вина заподіювача. Вина в цивільному праві розглядається як психічне ставлення особи до своєї протиправної поведінки та її наслідків.

У цивільному праві діє припущення (презумпція) вини особи, яка вчинила правопорушення. Відповідно до ст. 209 ЦК України особа, яка не виконала зобов'язання або виконала

116

Глава 5

його неналежним чином, несе майнову відповідальність лише за наявності вини (умислу або необережності), крім випадків, передбачених законом або договором. Відсутність вини дово­диться особою, яка порушила зобов'язання. Коли невиконан­ня або неналежне виконання зобов'язання зумовлено умислом або необережністю кредитора, боржник звільняє­ться від відповідальності, якщо інше не встановлено законом (ст. 210 ЦК). Іноді невиконання зобов'язання є наслідком вин­ної поведінки обох сторін (змішана вина). Тоді суд відповідно до ступеня вини кожної із сторін зменшує розмір відповідаль­ності боржника. Відповідальність боржника може бути змен­шена також у тому разі, коли кредитор навмисно або з необе­режності сприяв збільшенню розміру збитків, завданих пору­шенням зобов'язання, або не вжив заходів до зменшення їх (ст.211 ЦК).

У цивільному праві необережність поділяється на легку і грубу, хоч критеріїв їх розмежування немає ні в законо­давстві, як і не окреслено чітких їх контурів у судовій практиці та літературі. Все залежить від характеру вимог, які не додержані особою у тій чи іншій ситуації.

Якщо для покладення на правопорушника цивільної відпо­відальності у сфері відшкодування збитків необхідний повний склад цивільного правопорушення (протиправність поведінки, шкода, причинний зв'язок, вина), то для стягнення неустойки або втрати завдатку кредиторові досить довести, що пове­дінка боржника є протиправною, а вина є або припускається, коли він не довів відсутності своєї вини в порушенні зобо­в'язання. Тут має місце неповний склад правопорушення.

Особливістю цивільно-правової відповідальності є те, що вона може настати і без вини, якщо це передбачено законом або договором. Так, за ч. 1 ст. 213 ЦК України боржник, який прострочив виконання, відповідає перед кредитором за збитки, завдані простроченням, і за неможливість виконання, що випадково (тобто за відсутності його вини) настала після прострочення.

У проекті ЦК України (ст. 639) відповідальність без вини (крім дії непереборної сили) пропонується встановити для осіб за порушення зобов'язань у зв'язку із здійсненням ними підприємницької діяльності. У цій діяльності підприємцям доводиться нерідко приймати рішення в умовах невизначе-

ВІдповІдальнІсть за порушення зобов'язань 117

ності та ризику. Щоб зменшити несприятливий вплив на під­приємництво факторів порушення зобов'язань контрагента­ми, можуть бути використані різні заходи: проведення моні­торингу (спостереження та оцінка процесів підприємництва);

співробітництво з консультативними фірмами в галузі аудиту, менеджменту, інформації, права; вибір надійних партнерів;

співробітництво з конкурентами на ринку товарів тощо. Певну роль у цій сфері може відіграти і страхування підприєм­ницьких ризиків (наприклад, страхування від неповернення кредитів банкові).

Для притягнення особи до цивільно-правової відповідаль­ності потрібен або повний склад правопорушення, що скла­дається з чотирьох елементів (протиправність, шкода, причинний зв'язок, вина), або у випадках, зазначених у за­коні чи договорі, — неповний, усічений склад — протиправ­ність і вина (при стягненні неустойки, втраті завдатку тощо). За відсутності хоч би одного з цих елементів (крім випадків безвинної відповідальності) цивільна відповідальність не настає.

Проте у випадках, прямо передбачених законом, навіть за наявності усіх ознак вчиненого правопорушення особа не несе відповідальності. Так, відповідно до ст. 177 Кодексу тор­говельного мореплавства України перевізник не відповідає за втрату, нестачу або пошкодження вантажу, якщо доведе, що вони сталися внаслідок дій або упущень капітана, інших осіб суднового екіпажу і лоцмана у судноводінні або керуванні судном (навігаційні помилки). Підставами звільнення від цивільно-правової відповідальності є випадок і непереборна сила.

Випадок (казус) має місце тоді, коли психічний стан особи, що порушила зобов'язання, характеризується відсутністю її вини. За відсутності вини немає й відповідальності, якщо тіль­ки законом чи договором не передбачено відповідальності і без вини. Відповідно до ч. 2 п. 1 ст. 634 проекту ЦК України особа визнається невинною, якщо вона доведе, що вжила всіх залежних від неї заходів для належного виконання зобов'язання.

Непереборна сила (фарс-мажорні обставини) — надзви­чайна і невідворотна за даних умов подія (п. 1 ст. 78 ЦК). Ця подія характеризується, по-перше, як зовнішня до діяльності

***118 Глава 5***

сторін обставина (наприклад, явища стихійного характеру). По-друге, надзвичайність події, що стає непереборною силою, означає, що це не рядова, ординарна, звичайна обставина, яка також може спричинювати певні труднощі для сторін. Тому в ст. 639 проекту ЦК України зазначається, що не вважається непереборною силою, яка може бути підставою для звільнення від відповідальності особи під час здійснення нею підприємницької діяльності, недодержання своїх обов'яз­ків контрагентами боржника, відсутність на ринку потрібних для виконання зобов'язання товарів, відсутність у боржника необхідних коштів. По-третє, непереборна сила — це подія, яку не можна було відвернути засобами, наявними у даної особи в конкретних умовах Ті діяльності. Те, що в одних умо­вах можна легко подолати, в інших—стає неможливим. Тому при дії непереборної сили теж немає вини боржника.

Глава 6. Припинення зобов'язань

**§ 1. Поняття та способи припинення зобов'язань**

Під припиненням зобов'язання слід розумі­ти припинення існування прав та обов'язків його учасників, які становлять зміст зобов'язання.

При припиненні зобов'язання перестає існувати, і його учасників (контрагентів) більше не пов'язують ті права та обов'язки, які раніше з нього випливали. Це означає, що кредитор більше не має права пред'являти до боржника будь-які вимоги виходячи із даного зобов'язання, сторони не мо­жуть переуступити свої права та обов'язки у встановленому порядку третім особам і т. д.

Зобов'язання може бути припинено не тільки тоді, коли його мета досягнута, тобто при виконанні зобов'язання, а й тоді, коли ця мета не досягнута. Наприклад, у зв'язку з не­можливістю виконання, при прощенні боргу.

Для припинення зобов'язання необхідна наявність певної підстави — юридичного факту, з настанням якого закон або договір пов'язують припинення зобов'язання.

Припиненню зобов'язань присвячена глава 19 ЦК України. Вона містить загальні способи припинення зобов'язань: вико­нання, зарахування, збіг боржника і кредитора в одній особі, угода сторін, зміна плану, неможливість виконання, смерть громадянина або ліквідація юридичної особи. Деякі підстави передбачені в інших главах ЦК України, що регулюють окремі види зобов'язань (статті 231, 234, 259 та ін. ЦК).

***120 Глава в***

Одні правоприпиняючі факти виникають з волі учасників зобов'язання, причому, як правило, задовольняючи май­новий інтерес кредитора. До них належать: належне виконан­ня, зарахування, угода сторін. Інші припиняють зобов'язання незалежно від волі учасників і стадії його виконання: смерть громадянина, що є учасником зобов'язання особистого характеру, ліквідація юридичної особи — учасника зобов'я­зання, збіг боржника і кредитора в одній особі, неможливість виконання.

Крім наведеної класифікації, способи припинення зобов'я­зань поділяють на: підстави, характерні для всіх зобов'язань, і підстави, характерні для окремих видів зобов'язань; підста­ви, що є угодами, і підстави, що не є угодами; підстави, для яких необхідна згода обох сторін зобов'язання, і підстави, для яких досить бажання однієї сторони, та ін.

**§ 2. Окремі способи припинення зобов'язань. Виконання зобов'язань**

Серед способів припинення зобов'язань з волі сторін належне місце займає виконання зобов'язань (ст. 216 ЦК).

Виконання зобов'язання є нормальним способом при­пинення зобов'язання, досягненням мети, заради якої воно створювалося.

Але припинення зобов'язання може бути обумовлено не будь-яким, а належним його виконанням.

Вимоги, що визначають належне виконання зобов'язань, містяться в законах, договорах, а за їх відсутності — у вимогах, що звичайно ставляться (ст. 161 ЦК).

Під **належним виконанням** зобов'язання розуміють вико­нання належній особі, в належному місці, в належний строк з додержанням усіх інших вимог і принципів виконання зобов'язань. Якщо учасники зобов'язання порушують хоч би одну з умов його належного виконання, зобов'язання не припиняється, а трансформується (змінюється), оскільки в такому випадку на сторону, яка допустила неналежне ВИКО-

**Припинення *зобов'язань 121***

нання покладаються додаткові юридичні обов'язки — відшко­дування збитків, сплата неустойки та ін. Виконання таких до­даткових обов'язків, як правило, не звільняє боржника від реального виконання зобов'язання. Лише після того, як сто­рони здійснять усі дії, що випливають із зобов'язання, воно вважатиметься припиненим.

Виконання, яке припиняє зобов'язання, за загальним правилом, оформляється тим способом, у тій формі, що і його встановлення. Отже, якщо зобов'язання встановлюється в письмовій формі, то і його виконання оформляється письмово.

При усній формі немає потреби якимось чином оформляти його виконання. Але з цього правила є певні винятки.

Відповідно до ч. 2 ст. 43 ЦК України, коли угоди між орга­нізаціями або між організацією і громадянином укладаються в усній формі, організація, яка оплатила товари або послуги, повинна одержати від другої сторони письмовий документ, що підтверджує одержання грошей; підстави їх одержання.

При виконанні зобов'язань, які не виражені у письмовій формі, боржник має право вимагати від кредитора розписку, що посвідчує виконання зобов'язання. Відповідно до ч. 2 ст. 216 ЦК України, якщо боржник видав кредиторові на посвідчення зобов'язання борговий документ, то кредитор, приймаючи виконання, повинен повернути цей документ, а при неможливості повернення зазначити про це в розписці, яку він видає.

Розписка може бути замінена написом на борговому до­кументі, що повертається. Наявність боргового документа у боржника посвідчує виконання зобов'язання, поки не дове­дено інше.

Якщо кредитор відмовляється посвідчити виконання зобов'язання зазначеними у ст. 216 ЦК України способами, боржник має право затримати виконання. У такому разі кредитор вважається таким, що прострочив, з усіма наслід­ками, передбаченими в ст. 215 ЦК України.

**Зарахування.** З волі сторін зобов'язання припиняються шляхом зарахування зустрічної вимоги (статті 217 і 218 ЦК).

Зарахування — це такий спосіб припинення зобов'язання, при якому погашаються зустрічні однорідні вимоги, строк виконання яких настав або строк яких не зазначений чи визначений моментом витребування.

***122 Глава 6***

Здійснюється витребування за наявності трьох умов:

*Перша умова:* вимоги сторін мають бути зустрічні, тобто такі, які випливають з двох різних зобов'язань між двома осо­бами, де кредитор одного зобов'язання є боржником іншого. Те саме повинно бути і з боржником.

Друга умова: вимоги мають бути однорідні, тобто в обох зобов'язаннях повинні бути речі одного роду. Можна зараху­вати грошовий борг проти грошового, але не можна, наприклад, утримувати чужу річ за грошовий борг власника цієї речі. Частіше за все зарахуванням погашаються зустрічні грошові вимоги.

Третя умова: необхідно, щоб за обома вимогами настав уже строк виконання, оскільки не можна пред'явити до зара­хування вимоги за таким зобов'язанням, яке не підлягає виконанню. До зарахування може бути пред'явлена і вимога, строк якої не вказано або яка підлягає виконанню за першою вимогою кредитора.

Зарахування є односторонньою угодою, для нього до­статньо заяви однієї сторони.

За наявності всіх вищенаведених умов згоди іншої сторони для зарахування не потрібно.

При цьому, якщо зустрічні вимоги рівні, то зобов'язання припиняється (повне зарахування), якщо нерівні, то одне із зобов'язань припиняється повністю, а в іншому зменшується обсяг вимог, але зобов'язання продовжує існувати (часткове зарахування).

Характер зобов'язань, їх мета, зміст та види при зараху­ванні не мають значення.

Але все ж таки не всі зустрічні однорідні зобов'язання, строк яких настав, можуть бути зараховані. Відповідно до ст. 218 ЦК України не допускається зарахування таких вимог.

1) за якими минув строк позовної давності;

2) про відшкодування шкоди, зумовленої ушкодженням здоров'я або заподіянням смерті;

3) про довічне утримання;

4) в інших випадках, передбачених законом. **Угода сторін.** Відповідно до ст. 220 ЦК У країни зобов'язан­ня може припинятися угодою сторін. Вона може мати місце, копи сторони не приступили до виконання зобов'язання або виконали його частково.

**Припинення *зобов'язань 123***

Серед підстав припинення зобов'язань угодою сторін виділяють новацію, відступне, прощення боргу.

***Новація.*** Виходячи із змісту ч. 1 ст. 220 ЦК У країни, нова­ція — це угода про заміну Жадного зобов'язання іншим між тими самими особами.

Пункт 2 ст. 652 проекту ЦК України уточнює, що сторони, укладаючи угоду про заміну первісного зобов'язання, що існувало між ними, іншим зобов'язанням, повинні перед­бачити заміну предмета чи способу виконання1.

Так, замість Існуючого договору найму жилого будинку, власником якого є наймодавець, сторони укладають договір купівлі-продажу будинку. Боржник, який повинен сплатити певну суму грошей за куплений товар, зобов'язується спла­тити цю суму на підставі договору позики.

На відміну від інших угод сторін, які мають наслідком припи­нення зобов'язань, зокрема від відступного, новація не при­пиняє правового зв'язку сторін, оскільки замість зобов'я­зання дія якого припиняється, виникає узгоджене ними нове зобов'язання. Новація відрізняється від заміни виконання. Наприклад, постачальник за згодою покупця замість одних товарів поставляє інші, зміна строків і способів виконання.

В цих випадках первісне зобов'язання не припиняється, а змінюється і підлягає виконанню.

Юридичною підставою для зобов'язання, яке виникає при новації, є угода сторін про припинення первісного зобов'я­зання. Тому від дійсності останнього залежить дійсність ново­го. Якщо первісне зобов'язання визнається недійсним, то недійсним стає зобов'язання, яке його замінює.

У практиці використовується поняття пролонгацій (продов­ження) договірних відносин учасників на новий строк, що також не визнається новацією.

Новацію характеризує те, що вона припиняє додаткові зобов'язання, якщо інше не передбачено законом або пого­дженням сторін.

Новація не допускається щодо аліментних зобов'язань, зобов'язань стосовно відшкодування заподіяної життю або здоров'ю фізичної особи шкоди, в інших випадках, передба­чених законом. Проект ЦК України передбачає такі нові

\* Українське право. — 1996. — № 2. — С. 219.

124 Глава 6

підстави припинення зобов'язань за згодою сторін, як від­ступне та прощення боргу.

***Відступне*** (ст. 648 проекту ЦК)1. За згодою сторін зобов'я­зання може бути припинене наданням замість виконання відступного (сплатою грошей, переданням майна тощо)2.

Надання відступного як спосіб припинення зобов'язання може мати місце як при виникненні зобов'язання, так і в процесі його виконання.

Оформляється відступне договором, в якому вказуються розмір відступного, порядок і строк його надання. Стосовно форми відступного діють загальні правила про форму угод. Форма надання відступного може бути різною: передача гро­шей, майна, виконання робіт, надання послуг та ін.

Розмір, строки і порядок надання відступного встановлю­ються угодою сторін.

***Прощення боргу.*** Зобов'язання припиняється звільнен­ням кредитором боржника від його обов'язків, якщо це не по­рушує прав інших осіб щодо майна кредитора (ст. 653 проек­ту ЦК)3.

Таке формулювання допускає припинення зобов'язання одностороннім актом кредитора, який прощає борг. Боржник може заперечувати проти складення з нього боргу. Але в цьому випадку прощенню боргу він повинен протиставити на­лежне виконання зобов'язання і таким способом припинити його. Але необхідність у прощенні боргу, як правило, виникає, коли виконання зобов'язання ускладнюється або коли він прострочив виконання, тобто в ситуаціях явної згоди борж­ника на припинення зобов'язання шляхом прощення боргу.

Враховуючи те, що для прощення боргу необхідна згода боржника, цей спосіб припинення зобов'язань іноді прирів­нюють до договору дарування4.

За загальним правилом, не допускається одностороння відмова від виконання зобов'язання (ст. 162 ЦК).

Проте у деяких випадках, передбачених законом, зобов'я­зання може припинятися за волевиявленням однієї із сторін.

' Українське право. — 1996. — № 2. — С. 218.

2 Там само.

3 Там само. — С. 219.

4 Див.: Гражданское право: В 2-х т. / Под ред. 1993. — Т. 2. — С. 38.

**Припинення зобов'язань *125***

Право на одностороннє припинення зобов'язання, як пра­вило, зумовлене порушенням іншою стороною своїх обов'язків.

Так, зобов'язання за договором підряду може припинятись у зв'язку з відмовою замовника від договору, якщо підрядчик не приступає своєчасно до виконання договору або виконує роботу так повільно, що закінчення Ті у строк стає явно не­можливим, а також коли підрядчик не усуне недоліки в роботі у встановлений замовником строк (ст. 347 ЦК). Підрядчик у свою чергу може відмовитись від договору, якщо замовник, незважаючи на своєчасне і обгрунтоване застереження з боку підрядчика, у відповідний строк не замінить недоброякіс­них або непридатних матеріалів, не змінить вказівок про спосіб виконання роботи або не усуне інших обставин, які за­грожують міцності або придатності виконуваної роботи (ст. 341 ЦК).

Статті 231 і 234 ЦК України передбачають серед засобів захисту право покупця в разі, якщо продавець на порушення договору не передає покупцеві продану річ або якщо продана річ неналежаної якості і Ті недоліки не були застережені про­давцем, вимагати розірвання договору з відшкодуванням збитків.

Якщо покупець на порушення договору відмовиться прийняти куплену річ або заплатити за неї встановлену ціну, продавець може відмовитися від договору і вимагати відшко­дування збитків (ст. 232 ЦК). Враховуючи особисто-довірчий характер взаємовідносин сторін за договором доручення ст. 392 ЦК України передбачає можливість його припинення шляхом скасування договору довірителем і відмови повірено­го, тобто на підставі односторонніх дій сторін цього договору.

Відповідно до ст. 350 ЦК України замовник за договором побутового замовлення може вимагати розірвання договору і відшкодування збитків у разі, якщо підрядчик допустив істотні відступи від умов договору або інші істотні недоліки в роботі.

Можливість односторонньої відмови сторін від виконання договору поставки передбачена п. 24 Положення про постав­ки продукції виробничо-технічного призначення і п. 19 Поло­ження про поставки товарів народного споживання1.

' Вказані Положення чинні з 1 серпня 1988 р. і **за** певних умов (наприклад, за домовленістю сторін) можуть застосовуватися і нині.

126

Глава 6

Згідно з вказаними нормами сторони можуть скористатися правом односторонньої відмови від виконання договору в таких випадках:

• при поставці продукції (товарів), якість якої не відповідає стандартам, технічним умовам, іншій документації;

• при оголошенні покупця банкрутом;

• при завищенні постачальником ціни на продукцію;

• в інших випадках, передбачених законодавством.

Покупець може також відмовитися від передбаченої дого­вором продукції (повністю або частково) за умови, що він повністю відшкодує постачальникові збитки, спричинені такою відмовою. У разі розірвання договору сторона повинна попередити про це іншу сторону не пізніше ніж за один місяць.

До підстав припинення зобов'язань незалежно від волі сто­рін належать: неможливість виконання, збіг боржника і креди­тора в одній особі, смерть громадянина, який є боржником або кредитором, коли зобов'язання пов'язане з його особою, ліквідація юридичної особи — боржника чи кредитора.

**Неможливість виконання зобов'язання.** Закон не визна­чає поняття "неможливість виконання зобов'язання". Під ним слід розуміти неможливість для боржника через різні причини здійснити передбачені зобов'язанням дії, спрямовані на його виконання.

Розрізняють випадкову і винну неможливість виконання.

При *випадковій* неможливості виконання зобов'язання припиняється, і боржник не несе відповідальності за його невиконання.

Випадкова неможливість може бути зумовлена як непере­борною силою, так і будь-якою іншою обставиною, настання якої боржник не міг і не повинен був передбачити. Якщо жодна із сторін до виникнення неможливості виконання ще не встигла здійснити дії, пов'язані із зобов'язанням, воно припиняється. /

Вже здійснене виконання у взаємному зобов'язанні збе­рігає силу за умови, що сторона, яка його виконала, отримала від іншого контрагента зустрічне задоволення, а те виконан­ня, за яке вона зустрічного задоволення не отримала, їй повертається.

При *винній* неможливості виконання зобов'язання не припиняється, а лише змінюється, оскільки для винної сто-

Припинення зобов'язань 127

рони обов'язок виконання трансформується в обов'язок відшкодувати завдані контрагентові збитки, сплатити неус­тойку і т. д. Коли предмет зобов'язання визначений індиві­дуальними ознаками, його знищення спричинює неможли­вість виконання, і зобов'язання припиняється. Родові речі є речами замінними і доти, доки їх заміна для боржника мож­лива, зобов'язання продовжує існувати.

Неможливість виконання може поширюватися на все зобов'язання або на окрему його частину. Вона може бути як постійною, так і тимчасовою. При *постійній* неможливості виконання зобов'язання припиняється, оскільки мета його недосяжна. При *тимчасовій* неможливості виконання зобо­в'язання не припиняється, тільки виконання переноситься до усунення перешкод. Неможливість виконання зумовлена певними об'єктивними обставинами, через які боржник не може здійснити виконання.

Але не у всіх випадках неможливість виконання зобов'я­зання може бути підставою його припинення.

Згідно із ст. 222 ЦК України зобов'язання припиняється не­можливістю виконання, якщо вона спричинена обставинами, за які боржник не відповідає.

Однією з обставин, яка спричинює неможливість виконан­ня зобов'язання боржником і звільняє його від відповідаль­ності, є винні дії кредитора, про що зазначено в ст. 210 ЦК України. За цієї умови кредитор не має права вимагати повернення виконаного ним за зобов'язанням.

Іншою обставиною, яка виключає відповідальність борж­ника, є правомірне невиконання або неналежне виконання боржником зобов'язання. Воно може бути спричинено фізич­ною, юридичною або економічною неможливістю (загибель індивідуально-визначеної речі, яка є предметом зобов'язан­ня, хвороба артиста, стихійне лихо; видання державним орга­ном акта, який призводить до неможливості виконання, наприклад заборона вивезення товару, вилучення речей, що є предметом зобов'язання, з цивільного обігу, та ін.).

Відсутність вини боржника в невиконанні зобов'язання є також обставиною, що зумовлює неможливість виконання. В цьому випадку невиконання є протиправним, але відсутня вина боржника, тому зобов'язання припиняється.

***128 Глава 6***

У деяких, передбачених законом, випадках боржник несе відповідальність за випадкову неможливість виконання. Відповідно до ст. 213 ЦК України боржник, який прострочив виконання, Відповідає перед кредитором за збитки, завдані простроченням, і за неможливість виконання, що випадково настала після прострочення.

**Збіг боржника і кредитора в одній особі.** Припинення зобов'язань у разі збігу боржника і кредитора в одній особі (ст. 219 ЦК) відбувається внаслідок правонаступництва, тобто переходу прав та обов'язків від боржника до кредитора і нав­паки. У відносинах між громадянами зобов'язання може припинитися за вказаною причиною, коли спадкоємець і спадкодавець були між собою в зобов'язальних правовідно­синах. При правонаступництві спадкоємець набуває прав та обов'язків спадкодавця і стає одночасно кредитором і боржником (боржник за договором позики стає спадкоємцем свого кредитора).

Щодо організацій зобов'язання можуть припинятися збігом боржника і кредитора у зв'язку із злиттям юридичних осіб або приєднанням однієї юридичної особи до іншої за умови, якщо в зобов'язанні одна з них була кредитором, а інша — борж­ником. В обох випадках зникає другий суб'єкт правовідносин, у зв'язку з чим вони припиняються.

Якщо згодом цей збіг припиняється, зобов'язання виникає знову (ч. 2 ст. 219 ЦК). Це правило застосовується у тих випадках, коли спадкування мало місце після оголошення громадянина померлим, а згодом судове рішення про оголо­шення громадянина померлим було скасовано судом у зв'язку з його явкою.

При поділі юридичної особи, яка виникла внаслідок злиття або приєднання, доля попередніх зобов'язань визначається заново за роздільним балансом.

**Припинення зобов'язання смертю громадянина** або **ліквідацією юридичної особи.** Як правило, смерть громадя­нина — кредитора чи боржника — не тягне за собою припи­нення зобов'язання, оскільки майнові права та обов'язки, які становлять його зміст, переходять у випадку смерті кредито­ра чи боржника до їх спадкоємців. Зобов'язання не припи­няється, а внаслідок спадкового правонаступництва відбу­вається заміна осіб у зобов'язанні. Зобов'язання, виконання

***Припинення зобов'язань 129***

яких має особистий характер, не можуть бути предметом спадкування і припиняються смертю того учасника, з особою якого вони пов'язані. Відповідно до ч. 1 **ст.** 223 ЦК України зобов'язання припиняється смертю боржника, якщо вико­нання не може бути проведено без особистої участі боржни­ка. Зобов'язання також припиняється смертю кредитора, якщо виконання проводиться особисто для кредитора.

Так, смерть автора призводить до припинення укладеного з ним договору літературного замовлення, смерть дитини тягне за собою припинення встановленого на її користь аліментного зобов'язання. Зобов'язання припиняється у разі смерті особи, на користь якої стягувалося відшкодування шкоди, спричиненої ушкодженням здоров'я. Договір доручен­ня припиняється не тільки смертю довірителя чи повіреного, а й визнанням будь-якого з них недієздатним, обмежено діє­здатним чи безвісно відсутнім (п. З ст. 392 ЦК). Припинення юридичної особи також не завжди припиняє зобов'язання з її участю.

Оскільки реорганізація пов'язана з правонаступництвом, зобов'язання реорганізованої юридичної особи не припи­няються.

Ліквідація виключає правонаступництво і є підставою для припинення зобов'язань.

Відповідно до частин 3 і 4 ст. 223 ЦК України зобов'язання припиняється ліквідацією юридичної особи (боржника чи кре­дитора), крім випадків, коли законом або іншими правовими актами виконання зобов'язання ліквідованої юридичної особи покладається на іншу юридичну особу.

Згідно із Законом України "Про підприємства в Україні" (ст. 35) ліквідацію підприємства проводить ліквідаційна комісія, яку створює власник або уповноважений ним орган, а в разі банкрутства — арбітражний суд. При цьому встанов­люються порядок і строки проведення ліквідації, а також строк для заявлення претензій кредиторів, який не може бути менший двох місяців з моменту оголошення про ліквідацію. Ліквідаційна комісія виявляє кредиторів і визначає строк і порядок задоволення їхніх вимог.

Таким чином, більшість зобов'язань припиняється у зв'язку з їх виконанням.

5 О. Дзера

**130**

**Глава 6**

Припиняються також зобов'язання, вимоги яких погашені без виконання (претензії, не задоволені за браком майна, не визнані ліквідаційною комісією; ст. 36 Закону України "Про підприємства в Україні").

Частина зобов'язань юридичної особи не припиняється. Наприклад, не припиняються зобов'язання за вимогами про відшкодування шкоди при ушкодженні здоров'я, заподіянні смерті громадянинові.

Відповідно до ч. 2 ст. 466 ЦК при ліквідації юридичної особи належні потерпілому платежі мають бути капіталізовані за правилами державного страхування і внесені його органом для виплати їх у розмірі і строки, зазначені у відповідному рішенні про відшкодування шкоди. В разі ліквідації юридичної особи позови про відшкодування шкоди, заподіяної ліквідо­ваною юридичною особою, пов'язані з ушкодженням здоров'я чи смертю громадянина, пред'являються до вищестоящої організації або до організації, зазначеної в рішенні про ліквідацію юридичної особи (ч. З ст. 466 ЦК).

Частина друга

ДОГОВІРНІ ЗОБОВ'ЯЗАННЯ

*5\**

Розділ І. Зобов'язання з передачі майна у власність

Глава 7. Купівля-продаж

**§ 1. Поняття, значення та види договору купівлі-продажу**

Функціонування економічного механізму будь-якого суспільства, в якому продукти виробництва висту­пають товаром, а взаємний обмін ними здійснюється за за­коном вартості, потребує використання відповідних правових форм організації обігу товарів, переходу їх від виробників до споживачів.

*Договір купівлі-продажу —* це угода, за якою продавець (одна сторона) зобов'язується передати майно у власність покупцеві (друга сторона), а покупець зобов'язується прийня­ти майно і сплатити за нього певну грошову суму (ст. 224 ЦК).

Однак не всі учасники цивільних правовідносин можуть на­бувати майно у власність. Так, відповідно до законів України "Про власність" (ст. 37 і 39)1, "Про підприємства в Україні" (ст. 10) майно, що є державною власністю і закріплене за дер­жавним підприємством, належить йому на праві *повного гос­подарського відання,* крім випадків, передбачених законо­давством України, а майно, що є державною власністю і закріплене за державною установою, яка перебуває на дер­жавному бюджеті, та казенними підприємствами — на праві *оперативного управління.*

1 Такий правовий режим майна може бути встановлений також підприємствам інших форм власності, наприклад рішенням власника приватного підприємства.

***134 Глава 7***

Таким чином, за договором купівлі-продажу продавець зобов'язується передати покупцеві майно у власність або повне господарське відання чи оперативне управління, а останній зобов'язується прийняти це майно і сплатити за нього обумовлену угодою, грошову суму. Це *сплатний, двосторонній* і *консенсуальний* договір. Він спрямований на *безповоротне відчуження* продавцем майна і перехід його у власність (повне господарське відання чи оперативне управ­ління)1 покупця і, отже, є юридичною підставою виникнення таких зобов'язальних правовідносин, які зумовлюють появу у покупця *абсолютного речового права.*

Договір купівлі-продажу, як правило, має одноразовий ха­рактер і укладається переважно на те майно, що є в наявності і підготовлене для відчуження. При цьому продавцеві спла­чується вартість відчужуваного майна лише у *грошовому вираженні. В* деяких випадках для покупця становить інтерес не саме придбане майно як матеріальний об'єкт, а зафіксо­ване в ньому те чи інше право вимоги, наприклад у разі купів­лі цінних паперів. Оплата придбаного майна має здійснюва­тися у національній валюті України, за винятком випадків, передбачених законом.

Двосторонній характер договору купівлі-продажу зумов­лює взаємне виникнення у кожної із сторін прав та обов'яз­ків. Так, з укладенням такого договору продавець приймає на себе обов'язок передати покупцеві певну річ і водночас на­буває права вимагати Ті оплати, а покупець у свою чергу зобов'язаний здійснити оплату придбаної речі і водночас на­буває права вимагати від покупця її передачі. Іншими слова­ми, у договорі купівлі-продажу відповідним правам та обо­в'язкам продавця кореспондуються відповідні права та обов'язки покупця навпаки.

Договір купівлі-продажу є консенсуальним, оскільки права та обов'язки сторін виникають у момент досягнення ними згоди щодо всіх істотних умов. Настання цього моменту може мати ряд особливостей, зумовлених тим, що для окремих видів договорів купівлі-продажу законодавець передбачає

1 Надалі, коли йтиметься про виникнення чи припинення права влас­ності, матиметься на увазі також право повного господарського відання і право оперативного управління.

***Купівля-продаж 135***

спеціальні вимоги до їх оформлення, без додержання яких укладена угода не може вважатися дійсною.

Договір купівлі-продажу є одним з найефективніших засо­бів взаємозв'язку виробництва і споживання, регулятором нормального функціонування господарського комплексу країни. Він може укладатися між громадянами, між організа­ціями (підприємствами, установами), а також між організа­ціями та громадянами, що свідчить про його універсальність.

У період існування СРСР застосування такого універсаль­ного регулятора товарообігу було значно обмежено. Найбіль­шого поширення купівля-продаж набула у внутрішньому товарообігу у сфері державної і кооперативної роздрібної тор­говельної мережі, за допомогою якої задовольнялася основ­на частина матеріальних і культурних потреб громадян у товарах особистого споживання. Договір купівлі-продажу забезпечував також деякі потреби матеріально-технічного постачання державних, кооперативних та інших організацій, не набувши тут належного розвитку. Більше того, впродовж кількох десятиліть під впливом організаційно-правових обме­жень обсяг торгівлі з використанням договору купівлі-прода­жу за участю організацій був зведений до мінімуму. Такі угоди укладалися, як правило, на продукцію (товари), яку не розподіляли у плановому порядку (зокрема, предмети кан­целярського, культурно-побутового та спортивного призна­чення).

У цей період товарообіг між господарюючими суб'єктами (юридичними особами) здійснювався за допомогою договору поставки, що укладався на підставі обов'язкового для сторін планово-адміністративного акта розподілу продукції (това­рів). За умов планової економіки, централізованого розподілу матеріальних ресурсів, панування адміністративно-команд­них методів управління економічними відносинами договір поставки став домінуючим у товарообігу між господарюючи­ми суб'єктами і сформувався у самостійний договір.

Перебудовні процеси в СРСР, започатковані у 1985 р., сприяли реформуванню планової економіки і певному розши­ренню вільного товарообігу. Розпад СРСР і проголошення Україною та іншими колишніми союзними республіками неза­лежності; усвідомлення необхідності докорінних змін приско­рили прийняття нових економічних законів України ("Про

**136 Глава 7**

власність", "Про підприємництво", "Про підприємства в Україні" тощо), спрямованих на зміну відносин власності, на розвиток підприємництва. Відтак разом з поступовим заро­дженням в Україні елементів ринкової економіки істотно зросла роль договору купівлі-продажу. В умовах ринкової економіки договір купівлі-продажу є основним регулятором взаємовідносин між виробниками і споживачами, відносин у сфері розподілу і перерозподілу матеріальних благ, забезпе­чуючи вільний і оптимальний розвиток усіх форм власності, підприємництва і торгівлі.

Правове регулювання відносин купівлі-продажу здійснює­ться ЦК України (статті 224—240), законами України "Про захист прав споживачів", "Про цінні папери і фондову біржу", "Про товарну біржу", "Про приватизацію майна державних підприємств", "Про приватизацію невеликих державних під­приємств (малу приватизацію)" та численними нормативно-правовими актами.

Залежно від особливостей організаційно-правових форм торгівлі, що використовуються на території перебування сторін договору купівлі-продажу, особливостей відчужуваних об'єктів, особливостей способу укладення та виконання до­говору розрізняють кілька видів договору купівлі-продажу, зокрема:

а) договори купівлі-продажу в оптовій та роздрібній торгів лі; договори, що їх укладають на біржах та аукціонах;

б) договори купівлі-продажу, які укладаються у внутрішньо­му та зовнішньоекономічному обігу;

в) договори купівлі-продажу земельних ділянок, валютних цінностей, жилих будинків, квартир, автомашин;

г) договори купівлі-продажу на умовах комісії, консигнації та поставки;

д) договори купівлі-продажу об'єктів приватизації;

е) форвардні та ф'ючерсні угоди купівлі-продажу. Кожен з них має певні особливості щодо умов укладення та виконання, визначення прав та обов'язків сторін і правових наслідків невиконання (неналежного виконання) договору.

Значну роль у становленні та функціонуванні ринкової економіки відіграють *товарній фондовій біржі* (об'єкт діяльності останніх—операції з цінними паперами), правове становище

Купівля-продаж 137

яких визначається відповідно законами України "Про товарну біржу" і "Про цінні папери і фондову біржу".

На біржі укладають різні угоди (біржові операції), у тому числі й купівлі-продажу. Біржовим угодам притаманні всі юридичні ознаки цивільно-правових (позабіржових) угод, і водночас вони мають свої характерні особливості. Так, відпо­відно до ст. 15 Закону України "Про товарну біржу" біржовою операцією вважається угода, що відповідає сукупності таких умов:

а) якщо вона являє собою купівлю-продаж, поставку та обмін товарів, допущених до обігу на товарній біржі;

б) якщо її учасниками є члени біржі;

в) якщо вона подана до реєстрації та зареєстрована на біржі не пізніше наступного за здійсненням угоди дня1.

Угоди, зареєстровані на біржі, не потребують нотаріально­го посвідчення і вважаються укладеними з моменту їх реєстрації на біржі. Біржові операції дозволяється здійснюва­ти тільки членам біржі або брокерам. Порядок та умови здій­снення біржових операцій регламентуються Правилами біржової торгівлі, які розробляють відповідно до чинного за­конодавства і затверджують загальні збори членів товарної біржі або уповноважений ними орган.

Розвиток ринку цінних паперів в Україні здійснюється відповідно до Концепції функціонування і розвитку фондового ринку в Україні, схваленої постановою Верховної Ради України від 22 вересня 1995 р.2.

Нині стала поширюватися аукціонна торгівля. *Аукціон —* це організаційно-правовий спосіб продажу товару в обумовле­ний час і в певному місці тому покупцеві, який на засадах змагальності запропонує найвищу ціну. Аукціони можуть проводитися на власний розсуд продавця (за встановленими ним правилами), на підставі актів законодавства (наприклад, щодо об'єктів приватизації) та у примусовому порядку (наприклад, за судовими рішеннями про продаж майна боржника).

На наш погляд, поняття "біржова угода" та "біржова операція" не бажано ототожнювати, оскільки вони іноді не збігаються. 2 Голос України. — 1995. — 31 жовтня.

138 Глава 7

Умови та порядок проведення аукціонів об'єктів привати­зації детально визначені Положенням про застосування спо­собів приватизації майна державних підприємств, затвер­дженим наказом Фонду державного майна України від 4 лю­того 1993 р. N° 56 (з наступними змінами та доповненнями)1 та іншими актами приватизаційного законодавства. З ураху­ванням значимості об'єктів купівлі-продажу можуть про­водитися спеціалізовані аукціони, зокрема з продажу інозем­ної валюти на Українській міжбанківській валютній біржі, сільськогосподарської продукції, сертифікати! аукціони.

Цивільним процесуальним кодексом України безпосеред­ньо визначено порядок продажу з прилюдних торгів будинку, на який судом звернено стягнення (статті 394—402).

Можливий також продаж майна на конкурсних умовах. Таку форму купівлі-продажу застосовують переважно щодо об'єктів приватизації державного майна, порядок здійснення Ті визначено Положенням про застосування способів прива­тизації майна державних підприємств. Відповідно до п. 4.1 цього Положення продаж об'єктів за конкурсом — це спосіб приватизації, за яким власником об'єкта стає покупець, що запропонував найвищі умови подальшої експлуатації його (некомерційний конкурс) або за рівних фіксованих умов — найвищу ціну (комерційний конкурс).

Новим для правової системи України є форвардні, ф'ючерсні та опціонні угоди (контракти). При цьому врегульо­вані вони не цивільним податковим законодавством.

Відповідно до ст. 1 Закону України "Про оподаткування прибутку підприємств" *форвардний контракт —* стандартний документ, цю засвідчує зобов'язання придбати (продати) цінні папери, товари або кошти у певний час та на визначених умо­вах у майбутньому з фіксацією цін такого продажу під час укладення контракту2. Будь-яка сторона форвардного контр­акту має право відмовитися від його виконання виключно за наявності згоди другої сторони контракту або у випадках, визначених цивільним законодавством. Претензії щодо невиконання або неналежного виконання цього контракту

\* Державний інформаційний бюлетень про приватизацію. — № 2. — С. 27—78; Бізнес. — 1995.— 11 травня.

2 Відомості Верховної Ради України. — 1997. — № 27. — Ст. 181.

Купівля-продаж 130

можуть пред'являтися виключно його емітентові. Продавець форвардного контракту не може передати (продати) зобо­в'язання за цим контрактом іншим особам без згоди покупця форвардного контракту.

Водночас покупець форвардного контракту має право без погодження з іншою стороною контракту в будь-який момент до закінчення строку дії (ліквідації) форвардного контракту продати такий контракт будь-якій іншій особі, включаючи його продавця.

*Ф'ючерсний контракт —* стандартний документ, який за­свідчує зобов'язання придбати (продати) цінні папери, товари або кошти у певний час та на визначених умовах у майбут­ньому з фіксацією цін на момент виконання зобов'язання. Будь-яка сторона ф'ючерсного контракту має право відмови­тися від його виконання лише за наявності іншої сторони контракту або у випадках, визначених цивільним законодав­ством. Покупець ф'ючерсного контракту має право продати такий контракт протягом строку його дії іншим особам без погодження умов такого продажу з продавцем контракту.

*Опціон —* стандартний документ, який засвідчує право придбати (продати) цінні папери (товари, кошти) на певних умовах у майбутньому з фіксацією ціни на час укладення та­кого опціону або на час придбання за рішенням сторін контракту. Перший продавець опціону (емітент) несе без­умовне та безвідкличне зобов'язання щодо продажу цінних паперів, товарів та коштів на умовах укладеного опціонного контракту. Будь-який покупець опціону має право відмовити­ся від придбання цього майна, опціон може бути проданий без обмежень іншим особам протягом строку його дії. Пре­тензії щодо неналежного виконання або невиконання даного зобов'язання можуть пред'являтися виключно емітентові опціону.

В усіх перелічених угодах їх виконання віддалене у часі від момент їх укладення. Однак, якщо форвардна і ф'ючерсна угоди передбачають їх виконання у майбутньому у "певний час", то операція з опціоном — "у будь-який момент протягом певного часу". Ф'ючерсні та опціонні угоди останнім часом застосовують на біржах та аукціонах. Особливо поширеними стали ф'ючерсні біржові угоди, предметом яких є стандартний

140 Глава 7

контракт на стандартизований товар, якого на момент укладення угоди не існує1. Форвардна угода фактично пе­редбачає поставку товару в майбутньому і може бути позабіржовою2.

**§ 2. Сторони у договорі купівлі-продажу**

Відповідно до цивільного законодавства сторонами в договорі купівлі-продажу виступають *продавець* і *покупець.* Ними можуть бути будь-які суб'єкти цивільних правовідносин — громадяни, юридичні особи або держава. Однак умови участі кожного з цих суб'єктів у договорі купівлі-продажу не завжди однакові, що залежить від обсягу право­здатності і дієздатності конкретного суб'єкта цивільних право­відносин, форми власності відчужуваного майна, його право­вого режиму та інших обставин3.

Закон може визначати певні спеціальні умови щодо участі відповідних юридичних осіб у товарообігу з урахуванням ста­тутних цілей їхньої діяльності (наприклад, щодо комерційної діяльності політичних партій, громадських та релігійних об'єднань). В умовах переходу до ринкових реформ держава відмовилася від монополії на зовнішньоекономічну діяльність. Нині суб'єктами зовнішньоекономічної діяльності, в тому чис­лі торговельної, можуть бути як фізичні, так і юридичні особи на засадах, визначених спеціальним законодавством, зокре­ма Законом України "Про зовнішньоекономічну діяльність".

' Див.: *Пилипанко А/Я., Щербина В.С.* Основи господарського права України. — К., 1995. — С. 163—168.

2 Правила застосування Закону України "Про оподаткування прибутку підприємств" від 27 червня 1995 р. // Бізнес. — 1995. — 8 серпня.

3 Раніше чинним законодавством встановлювався ряд обмежень щодо права суб'єктів цивільних правовідносин укладати певні договори купівлі-продажу. Так, громадяни не могли набувати у власність засоби виробництва (за деякими винятками), юридичні особи мали право набу­вати майно лише відповідно до своєї статутної діяльності та позбавлялися можливості безпосередньо брати участь у зовнішній торгівлі.

Купівля-продаж 141

За статтею 225 ЦК України право продажу майна, крім випадків примусового продажу, належить власникові. Іншими словами, це положення закону означає, що приймати рішен­ня про відчуження майна (визначати його правову долю) має право лише його власник, оскільки за договором купівлі-про­дажу продавець зобов'язаний передати покупцеві не лише саме майно, а й право власності на нього (право повного гос­подарського відання чи оперативного управління). Тільки за такої умови у покупця може виникнути відповідне право. Про­давець не може передати покупцеві те, на що він сам не має права.

У законодавстві не розкривається зміст поняття "примусовий продаж", визначаються лише підстави для здійснення примусового продажу майна. До таких підстав на­лежать: продаж описаного у боржника майна з метою задо­вольнити вимоги кредиторів (ст. 388 Цивільного процесуаль­ного кодексу України), продаж заставленого майна в поряд­ку, встановленому Законом України "Про заставу", продаж майна відповідно до Закону України "Про банкрутство", реалізація конфіскованих предметів, які стали знаряддям або безпосереднім об'єктом адміністративного правопорушення (ст. 315 Кодексу України про адміністративні правопорушен­ня), тощо.

Від примусового продажу майна необхідно відмежовувати інші можливі випадки відчуження майна за відсутності на це волі власника. Так, ЦК У країни, окремі законодавчі акти вста­новлюють особливий порядок реалізації невитребуваних за договором побутового замовлення виготовлених підрядчиком речей, невитребуваних на транспорті вантажів і багажу, майна, відправленого через органи зв'язку. У наве­дених випадках продаж зазначеного майна не є примусовим, а лише здійснюється без згоди власника, оскільки такий невідомий або не виявляє інтересу до належного йому майна, що може завдати охоронцю майнової шкоди. Звідси можна зробити висновок, що коло підстав для продажу майна не-власником значно ширше, ніж це передбачено ст. 225 ЦК України.

Власникові не обов'язково особисто брати участь в укла­денні договору купівлі-продажу. Він може здійснити ці повно­важення через свого представника або комісіонера. В такому

142 Глава ~і

разі покупець досягає тієї самої мети, що і при купівлі майна безпосередньо у власника, хоч і з певними особливостями. Так, при продажу майна, зданого на комісію, продавцем виступає комісіонер, а не власник такого майна. Тому у разі виявлення відхилень від умов договору купівлі-продажу по­купець звертається з претензіями до комісіонера (продавця), а не до комітента (власника). При укладенні договору купівлі-продажу продавцем через свого повіреного (на підставі договору доручення) стороною в ньому є власник, а не повірений.

У ст. 225 ЦК визначено також наслідки продажу майна не-впасником за відсутності в останнього належних повнова­жень на здійснення дій по відчуженню майна. У цій статті за­значено, що якщо продавець не є його власником, покупець набуває права власності лише у тих випадках, коли відповідно до закону власник не має права витребувати від нього майно (ст. 145 ЦК).

Якщо продавцем майна може бути лише певна особа, тобто, як правило, власник, то покупцем може бути будь-яка особа. Обов'язковою умовою участі громадян стороною у до­говорі купівлі-продажу є наявність у них достатньої діє­здатності (статті 11—16 ЦК). Підприємства (організації, уста­нови) повинні мати статус юридичної особи, а угоди, які вони укладають, не повинні суперечити цілям їхньої діяльності, передбаченим в установчих документах. Недодержання цієї вимоги може призвести до визнання такої угоди недійсною.

Так, Компанія "Ренд Джей Трейдінг Інтернейшнл Інк" (США) звернулася до Вищого арбітражного суду України з позовом про визнання договорів купівлі-продажу цеху, різно­го обладнання та устаткування, договору оренди машин для наповнення і запайки твердих желатинових капсул, укла­дених між спільним підприємством "Борщагівський хіміко-фармацевтичний завод" та науково-виробничим центром "Борщагівський хіміко-фармацевтичний завод" (м. Київ). Позивач посилався, зокрема, на те, цю він володіє 50 відсот­ками акцій спільного підприємства і має право на одержання прибутку від діяльності. Відповідно до статуту спільне під­приємство створено для виробництва та реалізації ліків, але внаслідок укладення зазначених угод відбулося фактично

Купівля-продаж 143

відчуження всього майнового комплексу, що призвело до припинення його виробничої діяльності.

За рішенням Вищого арбітражного суду України від 18 бе­резня 1997 р. позов було задоволене на підставі статей 48, 50 та 62 ЦК України.

Постановою судової колегії Вищого арбітражного суду від 13 травня 1997 р. дане рішення залишене без змін1.

За чинним законодавством в окремих випадках може встановлюватися особливий правовий статус продавців і покупців. Так, відповідно до Закону України "Про приватиза­цію невеликих державних підприємств (малу приватизацію)" продавцями об'єктів малої приватизації, що перебувають у державній та комунальній власності, є відповідно Фонд дер­жавного майна України, його регіональні відділення та пред­ставництва, органи приватизації, створені місцевими радами. Покупцями об'єктів малої приватизації можуть бути фізичні та юридичні особи, які визнаються покупцями відповідно до Закону України "Про приватизацію майна державних підприємств" (ст. 8). Разом з тим не можуть бути покупцями:

юридичні особи, серед засновників та учасників яких є органи державної влади та управління; працівники органів привати­зації та особи, яким заборонено займатися підприємницькою діяльністю, крім випадків використання ними приватиза­ційних паперів.

**§ 3. Предмет договору. Ціна у договорі. Форма договору**

Істотними умовами договору купівлі-про­дажу є умови про предмет і ціну. Доки сторони не дійдуть згоди щодо цих двох умов, договір не може вважатися укла­деним, незважаючи на погодження всіх можливих інших умов (строк, місце, спосіб виконання тощо).

Інші умови також можуть набути значення істотних, якщо щодо них за заявою однієї із сторін має бути досягнуто згоди

Архів БАСУ. — 1997. — Справа № 1/7.

144

Глава7

(ст. 153 ЦК). Наприклад, у разі продажу товарів у кредит з на ступним погашенням платежів встановлення у договорі

строку повернення кредиту набуває значення істотної умови.

У чинному законодавстві немає переліку того майна, що може становити предмет договору купівлі-продажу. У ст. 224 ЦК України лише зазначено, що за цим договором пере­дається *майно.*

Проте, як відомо, термін "майно" у законодавстві та цивільно-правовій науці має різні значення. В одних випадках під майном розуміють індивідуально-визначені або визначені родовими ознаками речі, а також певні зобов'язальні права, в інших — сукупність прав та обов'язків.

Предметом договору купівлі-продажу можуть бути окремі речі або їх сукупність (об'єкти природи або створені людиною матеріальні блага), а також певні зобов'язальні права, пов'язані з можливістю реалізації зафіксованих у них повно­важень на отримання майнових вигод (зафіксованих, зокре­ма, у цінних паперах). У сучасних умовах значно поширився обіг цінних паперів, значення яких за соціалістичної еконо­міки було мінімальним. За Законом України "Про цінні папери і фондову біржу" (1991 р.), цінними паперами є грошові доку­менти, що засвідчують право володіння або відносини позики, визначають взаємовідносини між особою, яка їх випустила, та їх власником і передбачають, як правило, виплату доходу у вигляді дивідендів або відсотків, а також можливість пере­дачі грошових та інших прав, що випливають з цих документів, іншим особам. За цим законом цінними паперами, які можуть випускатися і обертатися, визнаються акції, облігації внутріш­ніх державних І місцевих позик, облігації підприємств, казна­чейські зобов'язання держави, ощадні сертифікати, векселі та приватизаційні папери. В юридичній літературі називаються й інші документи, які мають ознаки цінних паперів, а саме: чеки, акредитиви, ощадні книжки, лотерейні білети, страхові поліси, накладні, варанти та коносаменти.

Своєрідними цінними паперами є приватизаційні доку­менти— майнові сертифікати, житлові чеки та земельні бони. Цінні папери можуть бути іменними або на пред'явника. Якщо цінні папери на пред'явника обертаються вільно, то іменні цінні папери, якщо інше не передбачено зазначеним законом або в них самих спеціально не передбачено заборону обігу,

Купівля-продаж 145

передаються із спеціальним передавальним записом, що засвідчує перехід прав за цінним папером до іншої особи.

Не кожний цінний папір може бути предметом купівлі-про­дажу чи іншої угоди. Так, відповідно до ст. 18 Закону України "Про цінні папери і фондову біржу" ощадні іменні сертифікати обігу не підлягають, а їх продаж (відчуження) іншим особам є недійсним.

Чинне законодавство детально регламентує порядок відчуження та придбання акцій. При цьому важливе значення для такої регламентації має вид акції (іменні чи на пред'яв­ника, привілейовані чи прості), організаційно-правова форма акціонерного товариства (відкрите чи закрите) тощо.

Досить обмеженим є обіг акцій закритих акціонерних товариств. Відповідно до ст. 25 Закону України "Про госпо­дарські товариства" акції закритого акціонерного товариства (вони можуть бути лише іменними) розподіляються між за­сновниками і не можуть розповсюджуватися шляхом перед­плати, купуватися та продаватися на біржі. Показовою у цьому відношенні є справа № 57/7, що Її розглянув Вищий арбітражний суд України (ВАСУ).

Так, компанія "Р енд Джей Трейдінг Інтернейшнл Інк" (США) заявила позов до спільного українсько-американського під­приємства у формі закритого акціонерного товариства "Борщагівський хіміко-фармацевтичний завод" (м. Київ) та науково-виробничого центру у формі товариства з обмеже­ною відповідальністю "Борщагівський хіміко-фармацевтичний завод" про визнання недійсними доповнення до статуту СП ЗАТ "БХФЗ" у частині збільшення статутного фонду та дого­вору купівлі-продажу 3684 акцій від 15 вересня 1995 р. між СП "БХФЗ" і НВЦ "БХФЗ". Позовні вимоги мотивувалися порушенням відповідачем чинного законодавства та уста­новчих документів, якими передбачалося переважне право акціонерів на придбання додатково випущених акцій.

За рішенням ВАСУ від 14 березня 1996 р. позов цілком обгрунтовано було задоволене. При цьому в рішенні, зокре­ма, зазначалося, що відповідно до закону акції закритого акціонерного товариства розподіляються між засновниками, акції СП ЗАТ "БХФЗ" не можуть відчужуватися на користь осіб, які не є його акціонерами, так само як і передаватися

***146 Глава 7***

створюваним акціонерами іншим господарським това­риствам1.

За чинним цивільним законодавством предметом догово­ру купівлі-продажу не можуть бути боргові зобов'язання, зобов'язання, що виникають із заподіяння шкоди, та авторські права.

Відносини переуступки чи переходу їх до інших осіб регу­люються нормами інших правових інститутів. Однак нині спостерігається тенденція до включення в коло предметів до­говору купівлі-продажу об'єктів цивільних прав інших цивільно-правових інститутів.

Так, Положенням про патент на право оренди будинків (споруд, приміщень), затвердженим наказом Фонду держав­ного майна України від 31 січня 1995 р. передбачено, що володілець патенту на право оренди має право його продати, подарувати, передати у спадок, заставити, укладати інші угоди, не заборонені законодавством2. Такий підхід закла­дається і в проекті нового ЦК України, в статтях якого, зок­рема, записано, що предметом купівлі-продажу може бути також право вимоги, якщо воно не має особистого характеру і до його продажу застосовуються правила про відступ від вимоги. Нам вважається, що такий підхід до визначення пред­мета договору купівлі-продажу є юридичне некоректним, адже, якщо суворо додержуватися правової логіки, то необ­хідно визнати, що предметом договору купівлі-продажу мо­жуть бути лише ті об'єкти, які відповідно до законодавства про власність є об'єктами права власності, чого про оренду не скажеш. Між тим і самі складачі проекту змушені були записати, що продаж права вимоги має здійснюватися за правилами про відступ, тобто за правилами іншого правового інституту.

Визначаючи конкретний склад майна, яке може бути пред­метом купівлі-продажу, необхідно враховувати динаміку суспільно-економічних процесів. Як відомо, законодавство СРСР містило ряд обмежень щодо майнового обігу. З нього повністю виключалися земля, її надра, води та ліси, оскільки

Збірник рішень та арбітражної практики Вищого арбітражного суду України. — К., 1996. — М" 3. — С. 292—297.

2 Державний інформаційний бюлетень про приватизацію. — 1995. — № 5. — С. 48,

***Купівля-продаж 147***

вони становили виключну власність держави і надавалися лише в користування.

Заборонялася купівля-продаж основних засобів виробниц­тва (будинків, споруд тощо) соціалістичних державних під­приємств; встановлювався спеціальний порядок переходу їх від одних підприємств до інших. Громадяни, як правило, не могли набувати за договором купівлі-продажу засоби вироб­ництва. У зв'язку з проголошеним Україною курсом на здійс­нення економічних перетворень ринкової орієнтації ситуація змінилася. Законом України "Про власність" передбачено рівні умови для розвитку всіх форм власності (приватної, ко­лективної, державної) та їх захисту.

Відтепер предметом договору купівлі-продажу може бути будь-яке майно, визнане законом об'єктом права власності і не вилучене з товарообігу.

ЗО січня 1992 р. Верховна Рада України прийняла Закон Про форми власності на землю", яким поряд з державною запроваджено *колективну* та *приватну* форми власності на землю. У Земельному кодексі України прямо передбачена можливість виникнення у громадян права власності за дого­ворами купівлі-продажу, дарування та обміну (ст. 6). Однак введення до Земельного кодексу норм про право колективної та приватної власності на землю поки що не привело до появи нових власників землі і створення реального ринку землі, а самі норми набули переважно декларативного характеру. Не дали також відчутних результатів заходи щодо реформування земельних відносин, передбачені у Декреті Кабінету Міністрів України "Про приватизацію земельних ділянок" від 26 грудня 1992р.

Певне пожвавлення у реформуванні земельних відносин внесли Укази Президента України "Про невідкладні заходи щодо прискорення земельної реформи у сфері сільськогоспо­дарського виробництва" від 10 листопада 1994 р. та "Про порядок паювання земель, переданих у колективну власність сільськогосподарським підприємствам і організаціям" від 8 серп­ня 1995 р., які так чи інакше сприяють включенню землі у товарообіг.

Кожна держава має право визначати об'єкти, які з міркувань державної безпеки або з інших підстав не повинні бути у власності тих чи інших суб'єктів правовідносин або мають набуватися з додержанням спеціальних правил. Тому

148 Глава 7

Постановою Верховної Ради України "Про право власності на окремі види майна" від 17 червня 1991 р.(з наступними зміна­ми та доповненнями від 22 квітня 1993 р., 15 липня 1994 р., 24 січня 1995 р.) було затверджено 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, викла­дений відповідно у додатках *№* 1 і № 21. До Переліку входять:

1) зброя, боєприпаси (крім мисливської і пневматичної зброї, зазначеної у Додатку № 2, і боєприпасів до неї, а також спортивної зброї і боєприпасів до неї, що їх набувають гро­мадські об'єднання з дозволу органів внутрішніх справ), бо­йова та спеціальна військова техніка, ракетно-космічні ком­плекси;

2) вибухові речовини та засоби вибуху. Всі види ракетного палива, а також спеціальні матеріали і обладнання для його виробництва;

3) бойові отруйні речовини;

4) наркотичні, психотропні, сильнодіючі отруйні лікарські засоби (за винятком отримуваних громадянами за призна­ченням лікаря);

5) протиградові установки;

6) державні еталони одиниць фізичних величин;

7) спеціальні технічні засоби негласного отримання інфор­мації (зазначені засоби не можуть також перебувати у влас­ності юридичних осіб недержавних форм власності);

8) електрошокові пристрої та спеціальні засоби, що їх за­стосовують правоохоронні органи, крім газових пістолетів і револьверів та патронів до них, заряджених речовинами сльозоточивої та дратівної дії.

Щодо видів майна, для яких встановлюється спеціальний порядок набуття права власності громадянами, то в Додатку № 2, зокрема, зазначаються: вогнепальна мисливська зброя, газові пістолети і револьвери та деякі види пневматичної зброї; об'єкти, що перебувають на державному обліку як пам'ятки історії і культури; радіоактивні речовини. Такі види

' Відомості Верховної Ради України. — 1992. — № 35. — Ст. 517.

Купівля-продаж 149

майна можна придбати лише за наявності відповідного дозво­лу (органів внутрішніх справ, Міністерства культури, дер­жавних органів з ядерної та радіаційної безпеки тощо).

У кожній державі встановлюється особливий правовий ре­жим валютних цінностей. У період існування СРСР валютні цінності, зокрема іноземна валюта, певні платіжні документи і фондові цінності, певні дорогоцінні метали та природні доро­гоцінні камені, могли бути предметом угод лише в деяких випадках. У 1976 р. було прийнято Указ Президії Верховної Ради СРСР "Про операції з валютними цінностями на території СРСР", суть якого зводилася до фактичної заборони угод з валютними цінностями та суворої відповідальності за порушення цих правил.

Сьогодні ці заборони частково знято, і валютні цінності мо­жуть бути предметом купівлі-продажу або інших угод. Учас­ники цих угод мають додержуватися спеціальних вимог зако­нодавства України.

Порядок здійснення угод з валютними цінностями визна­чений Декретом Кабінету Міністрів України "Про систему ва­лютного регулювання і валютного контролю" від 19 лютого 1993 р. та деякими іншими законодавчими актами. За згада­ним Декретом до валютних цінностей належать:

• грошові знаки у вигляді банкнот, казначейських білетів, монет і в інших формах, що перебувають в обігу та є законним платіжним засобом на території України, а також вилучені з обігу, або такі, що вилучаються з нього, але підлягають обміну на грошові знаки, які перебувають в обігу, кошти на рахунках, у внесках у банківських та інших кредитно-фінансових уста­новах на території України;

• відповідна іноземна валюта;

• платіжні документи та інші цінні папери (акції, облігації, купони до них, бони, векселі (тратти), боргові розписки, акре­дитиви, чеки, банківські накази, депозитні сертифікати, ощад­ні книжки, інші фінансові та банківські документи), виражені в іноземній валюті або монетарних металах;

• монетарні метали (золото і метали іридієво-платинової групи у будь-якому вигляді та стані, за винятком ювелірних, промислових і побутових виробів з цих металів і брухту цих металів).

Особливе місце серед багатьох перелічених видів валют­них цінностей посідає іноземна грошова валюта, яка в одних

***150 Глава 7***

випадках може бути платіжним засобом, в інших — предме­том купівлі-продажу. Останнє має місце у випадках продажу (обміну) іноземної грошової валюти за грошову валюту України і навпаки на Українській міжбанківській валютній біржі через систему обмінних пунктів. На наш погляд, такі угоди водночас мають ознаки і договору купівлі-продажу, і до­говору міни.

Законодавство визначає певні вимоги, яким має відпові­дати предмет договору купівлі-продажу. Так, якість проданої речі повинна відповідати умовам договору, а за відсутності вказівок у договорі — вимогам, які звичайно ставляться. Під вимогами, які звичайно ставляться, треба розуміти такі, за додержання яких придбана річ має виконувати своє функціональне призначення (друкарська машинка — друку­вати, телевізор — давати зображення із звуковим супрово­дом тощо). *Річ,* яку продає торговельна організація, має відповідати стандарту, технічним умовам або зразкам, вста­новленим для речей цього роду, якщо інше не випливає з ха­рактеру даного виду купівлі-продажу (ст. 233 ЦК).

Наступною істотною умовою договору купівлі-продажу є *ціна —* певна грошова сума, сплачувана покупцем за одер­жану від продавця річ. Ціна має бути обов'язково визначена в договорі шляхом досягнення сторонами щодо цього обопіль­ної згоди. За командно-адміністративної системи сформува­лася політика ціноутворення, яка зводила до мінімуму можли­вості сторін самостійно визначати в договорі ціну, оскільки на переважну більшість видів продукції і товарів ціни встановлю­вали державні органи у централізованому порядку. Зокрема передбачалося, що продаж товарів державними, коопера­тивними та іншими громадськими організаціями повинен здійснюватися за встановленими державними цінами, крім випадків, передбачених законодавством. За погодженням сторін могли встановлювати ціни у випадках продажу кол­госпниками лишків сільгосппродукції, що її не купує держава, а також продажу громадянами свого майна, якщо інше не передбачено законодавством.

Централізований порядок ціноутворення сприяв певній стабілізації цін. Однак нерідко встановлені таким чином ціни не відповідали фактичним витратам виробників на виготов­лену продукцію, вступали у суперечність із законами товар­ного виробництва. Такий порядок ціноутворення не спонукав

***Купівля-продаж 151***

виробників до збільшення кількості товарів, підвищення їхньої якості, він став однією з причин створення дефіциту багатьох видів товарів, розбалансованості відносин між виробниками і споживачами, а також зловживань у сфері розподілу мате­ріальних благ.

В останні роки існування СРСР на підставі урядових рішень державним підприємствам було надано право реалізовувати за договірними і тимчасовими договірними цінами окремі товари народного споживання, впроваджувалася торгівля то­варами підвищеного попиту за комерційними цінами, коопе­ративи дістали право реалізовувати продукцію за домовле­ністю із споживачами або самостійно, за деякими винятками.

Більш радикальні заходи щодо реформування ціноутворен­ня передбачалися у постановах Ради Міністрів СРСР "Про перехід до застосування договірних роздрібних цін на окремі види товарів народного споживання" від 12 листопада 1990 р. і "Про перехід на нову систему оптових цін і тарифів" від 25 жовт­ня 1990 р., Постанові Кабінету Міністрів СРСР "Про реформу роздрібних цін і соціальний захист населення" від 19 березня 1991 р., постановах Ради Міністрів УРСР "Про нові роздрібні ціни на товари народного споживання і тарифи на послуги, що надаються населенню" і "Про соціальний захист населення у зв'язку з реформою роздрібних цін" від 28 березня 1991 р.

Нормативні акти передбачали кілька категорій товарів на­родного споживання для регулювання цін, а саме: товари, щодо яких не підвищуються діючі державні роздрібні ціни;

товари, щодо яких встановлюються нові (підвищені)державні фіксовані роздрібні ціни; товари, щодо яких діють договірні (вільні) роздрібні ціни; товари, що реалізуються населенню за регульованими роздрібними цінами, які мали визначатися введенням граничних рівнів чи розмірів у порядку, встанов­леному органами ціноутворення.

Перелічені та інші заходи щодо реформування ціноутво­рення не зумовили стабілізацію товарообігу, стабілізацію споживчого ринку, оскільки з економіко-правової точки зору вони далеко не повною мірою відповідали законам суспільних ринкових відносин, міцно зберігаючи принципи соціалістич­ного ціноутворення. При цьому подібне "реформування" зво­дилося переважно до чергового адміністративного підви­щення цін.

***152 Глава 7***

Згідно з Декларацією про державний суверенітет України та Законом "Про економічну самостійність України" 3 грудня 1990 р. був прийнятий Закон України "Про ціни і ціноутворен­ня", який фактично започаткував основи самостійної україн­ської цінової політики. За цим законом у народному госпо­дарстві застосовуються вільні ціни і тарифи, державні фіксо­вані та регульовані ціни і тарифи, створюються необхідні економічні гаранті"! для виробників; ціни внутрішнього ринку мають бути орієнтовані на рівень світового ринку. Однак втілення цих правильних у принципі положень відбувалося із значними труднощами навіть після проголошення Україною незалежності. Невпинно розвивалися інфляційні процеси в народному господарстві, неконтрольовано зростали ціни, падала платоспроможність населення. З метою подолання цих та інших кризових явищ 23 грудня 1992 р. Кабінет Мініст­рів України прийняв Постанову "Про регулювання цін" (із змінами від 3 червня 1993 р.). Одночасно з цією самою поста­новою затверджено Тимчасове положення про державне регулювання цін і тарифів.

Відповідно до згаданої постанови встановлено граничні розміри підвищення цін і тарифів на окремі види продукції, товарів і послуг, що мають важливе соціальне значення (наприклад, енергоносії, лікарські засоби та вироби медично­го призначення), визначено повноваження органів держав­ної виконавчої влади щодо встановлення цін і тарифів на окремі види продукції, товарів та послуг. У додатках № 1 і № 2 до вищезгаданого Тимчасового положення подано відповідно перелік продукції, товарів та послуг, на які може поширюва­тися державне регулювання цін і тарифів, і перелік продукції, товарів та послуг, за якими підприємства-виготовлювачі де­кларують зміни цін і тарифів.

Істотний вплив на/формування розміру цін мало запрова­дження спеціальних торговельних надбавок (націнок). Так, Постановою Кабінету Міністрів України "Про обмеження тор­говельних і постачальницько-збутових надбавок (націнок)" від 28 червня 1993 р. для всіх суб'єктів підприємницької діяльнос­ті незалежно від форм власності, що займаються торговель­ною та постачальницько-збутовою діяльністю, встановлено граничний рівень надбавки (націнки)реалізації товару (про­дукції) кінцевому споживачеві незалежно від кількості його перепродажу в розмірі 50 відсотків ціни вітчизняного виготов-

Купівля-продаж 153

лювача. Відповідно до Указу Президента України "Про заходи щодо стримування темпів зростання цін" від 3 листопада 1993 р. цей граничний рівень надбавки (націнки) встановлено 55 відсотків, а Ті розмір у межах граничного рівня надано право визначати кожному продавцеві з урахуванням п'яти­відсоткового граничного нормативу рентабельності до това­рообороту. За цим Указом підприємствам та організаціям усіх форм власності дозволялося змінювати оптові ціни (тарифи) на продукцію (товари, послуги), як правило, тільки у разі зростання витрат на виробництво, яке не залежить від їхньої господарської діяльності.

Політика ціноутворення періоду 1991—1993 рр. була спря­мована на поступовий перехід від тотального державного регулювання цін до максимально вільного ціноутворення. У цей період запроваджувалися граничні (фіксовані) ціни, обмеження рівня рентабельності, розміру торговельних і пос­тачальницько-збутових надбавок та обов'язкове декларуван­ня цін. Однак перелічені та інші заходи щодо становлення сис­теми ціноутворення не відзначалися послідовністю і стабіль­ністю, зберігали практику державних дотацій на широкий перелік товарів і послуг, а відтак — не сприяли подоланню кризових явищ у країні.

21 жовтня 1994 р. Кабінет Міністрів України прийняв По­станову "Про ціноутворення в умовах реформування економіки", яка фактично ознаменувала зародження нового етапу державної політики цін. Постановою, зокрема, перед­бачено скоротити обсяги державного регулювання цін і тари­фів, обмеживши їх тільки природними та окремими штучними монопольними утвореннями. Започатковано поетапне ско­рочення державних дотацій на паливо, енергоносії, житлово-комунальні послуги тощо. Все це має сприяти наближенню роздрібних цін і тарифів до реальної вартості. У зв'язку з прийняттям зазначеної постанови значну частину раніше прийнятих нормативних актів щодо формування цін було визнано такими, що втратили чинність. В умовах прискорення ринкових економічних реформ, приватизації державної влас­ності триває процес вдосконалення механізму ціноутворен­ня, який має бути адекватний змісту здійснюваних реформ. Однак з певністю можна передбачити, що домінуючими бу­дуть методи вільного ціноутворення.

***154***

***Глава 7***

Отже, за чинним законодавством сторони в договорі купів­лі-продажу, які займаються підприємницькою діяльністю, мають право вільно визначати ціну предмета угоди, а в передбаченим законом випадках повинні керуватися держав­ними фіксованими чи регульованими цінами. Абсолютно вільно визначають ціну громадяни, які укладають разові угоди купівлі-продажу, зокрема на речових ринках.

Особливий порядок визначення цін передбачений для зовнішньоекономічних угод. Суб'єкти зовнішньоекономічної діяльності України всіх форм власності при здійсненні експор­тно-імпортних операцій (у тому числі купівлі-продажу) повинні враховувати так звані *індикативні* ціни, які встанов­люються з метою збільшити надходження валютних коштів, зменшити валютні витрати на закупівлю товарів за імпортом, запобігти демпінгу.

Залежно від організаційно-правової форми торгівлі ціни на товари (продукцію) можуть бути *оптовими* або *роздрібними.* У роздрібній торговельній мережі їх фіксують у прейскуран­тах, цінниках тощо. Придбання продукції на підставі держав­ного замовлення здійснюється за *закупівельними* цінами. Національний банк України визначає закупівельні ціни також на дорогоцінні метали.

Звичайно у договорі купівлі-продажу, крім предмета та ціни, сторони можуть встановлювати й інші умови, зокрема порядок розрахунків, доставки товару, строки виконання до­говору.

Договір купівлі-продажу, як і будь-яка інша цивільно-пра­вова угода, має певну форму. У ЦК України немає статті, яка б безпосередньо визначала форму для усіх різновидів дого­вору купівлі-продажу. Однак цей кодекс та Інші законодавчі акти містять норми, в яких обумовлюється особливий поря­док оформлення окремих договорів купівлі-продажу. Якщо спеціальними правовими нормами не встановлена форма того чи іншого різновиду договору купівлі-продажу, то спід ке­руватися загальними правилами цивільного законодавства про форму угод.

Тобто договір купівлі-продажу може укладатися в усній чи письмовій (звичайній або нотаріальній) формі, а також шля­хом здійснення так званих конклюдентних дій залежно вір умов, передбачених статтями 42 і 43 ЦК України

***Купівля-продаж***

***155***

У законодавстві передбачено порівняно небагато випад­ків, коли потрібно спеціальне оформлення договірних відно­син купівлі-продажу. Зокрема, за ст. 227 ЦК України договір купівлі-продажу жилого будинку має бути нотаріально посвідчений, якщо хоч би однією із сторін є громадянин. Не­додержання цієї вимоги тягне за собою недійсність договору (ст. 47 ЦК).

Такий договір має бути зареєстрований у виконавчому комітеті місцевої ради (місцевій адміністрації). Реєстрація до­говору купівлі-продажу жилого будинку, яку безпосередньо здійснюють бюро технічної інвентаризації, має переважно адміністративно-правове значення, а Ті відсутність тягне за собою недійсність нотаріально посвідченої угоди купівлі-про­дажу. Ці дії вчиняються відповідно до Правил державної реєстрації об'єктів нерухомого майна, що перебувають у власності юридичних та фізичних осіб, затверджених наказом Державного комітету України по житлово-комунальному гос­подарству від 13 грудня 1995 р. № 56.

Як відомо, об'єктами права власності громадян з недав­нього часу можуть бути також квартири. Так, ще Постановою Ради Міністрів СРСР "Про продаж громадянам в особисту власність квартир у будинках державного і громадського житлового фонду" від 2 грудня 1988 р. було вперше за період існування СРСР дозволено громадянам набувати за догово­ром купівлі-продажу в особисту власність квартири у будин­ках державного і громадського фонду. На такі договори По­становою Ради Міністрів УРСР і Укрпрофради "Про затвер­дження Положення про продаж громадянам в особисту власність квартир у будинках державного і громадського житлового фонду, їх утримання і ремонт" від 19 травня 1989 р.(втратила чинність) було поширено правило про їх нотаріальне посвідчення.

Відповідно до Закону України "Про приватизацію держав­ного житлового фонду" від 19 червня 1992 р. одержання гро­мадянами державного житла в порядку приватизації, безоп­латно чи з оплатою, оформляється свідоцтвом про право власності на квартиру (будинок), яке реєструється в органах приватизації і не потребує нотаріального посвідчення (п. 5 ст. 8). З юридичної точки зору приватизація державного житлового фонду на користь громадян являє собою угоду про

**156 *Глава 7***

відчуження квартир (будинків), кімнат та господарських спо­руд і приміщень, що прилягають до них, у власність громадян. Така угода навіть у випадках безоплатної передачі житла у визначених законом межах має ознаки договору купівлі-про­дажу, оскільки особливим засобом платежу тут є приватиза­ційний папір (житловий чек), який має свою відповідну вартість (статті 3 і 4). І врешті, не може бути будь-яких сумнівів щодо належності таких угод до договорів купівлі-продажу у разі приватизації громадянами надлишків загальної площі квартир (будинків) за кошти. Це підтверджується також п. 8 ст. 8 вищезгаданого закону, в якому записано, що "вартість послуг органів приватизації по оформленню документів на право власності на квартири (будинки) оплачується покуп­цями за державними розцінками".

Визнання передачі громадянам у власність державного житла в порядку приватизації договором купівлі-продажу чи іншою угодою означає, що на приватизаційну угоду мають поширюватися правила цивільного права про визнання угод недійсними, про розірвання договорів тощо, що не завжди враховують державні та судові органи. Так, за протестом про­курора Ватутінського району м. Києва розпорядженням дер­жавної адміністрації Ватутінського району було скасовано приватизацію квартири громадянина К. та визнано недійсним свідоцтво про право власності на неї у зв'язку з тим, що її приватизація була здійснена начебто невідомою особою без згоди громадянина К., який проживав у цій квартирі як наймач. Ватутінський районний суд своїм рішенням від 15 жовтня 1997 р. зазначені дії державної адміністрації визнав правомірними1. З таким рішенням суду не можна погодитись, адже державна адміністрація фактично привласнила собі функції судового органу.

Згідно із ст. 15 Закону України "Про власність" кожному наймачеві жилого приміщення в будинку державного чи гро­мадського фонду та членам його сім'ї було надано право придбати у власність відповідну квартиру або будинок шляхом їх викупу або на інших підставах, передбачених законодавст­вом. Незважаючи на застосування в Законі терміна "викуп",

Справа

' Архів Ватутінського районного суду м. Києва за 1997 р. №2—22.

***Купівля-продаж 157***

фактично законодавець мав на увазі придбання такого житла на умовах договору купівлі-продажу, для якого необхідне від­повідне нотаріальне посвідчення. Нині у зв'язку зі здій­сненням в Україні приватизації державного та громадського житлового фонду викуп втратив своє первісне значення.

За законами України "Про приватизацію майна державних підприємств" і "Про приватизацію невеликих державних під­приємств (малу приватизацію)" договори купівлі-продажу державного майна підлягають нотаріальному посвідченню з наступною реєстрацією відповідною місцевою радою.

Відповідно до ст. 18 Земельного кодексу України земельні ділянки також можуть бути у приватній або колективній влас­ності. Так, громадянам надаються з державного земельного фонду ділянки у власність для ведення селянського (фермер­ського) господарства у встановлених межах безоплатно, а понад ці межі — за договором купівлі-продажу із посвід­ченням у нотаріальному порядку. Однак для укладення такого договору відповідна рада має прийняти рішення з цього питання.

Придбання земельних ділянок, що перебувають у колек­тивній або приватній власності, проводиться лише за нота­ріально посвідчуваним договором купівлі-продажу. В обох випадках договір купівлі-продажу земельної ділянки і доку­мент про сплату вартості землі є підставою для відведення зе­мельної ділянки в натурі та видачі державного акта на право власності.

Слід враховувати, що окремими актами законодавства або продавцем можуть бути передбачені особливі умови та поря­док оформлення окремих різновидів договору купівлі-прода­жу (на біржах, аукціонах, ярмарках, виставках, у зовнішньо­економічній діяльності тощо) або для деяких видів майна (автомобілів, акцій, валюти тощо).

Недодержання форм договору купівлі-продажу та інших вимог до його оформлення тягне за собою наслідки, визна­чені загальними правилами цивільного права, якщо інше не передбачено спеціальним законом.

**758**

Глава 7

**§ 4. Встановлення моменту виникнення права власності у покупця**

Важливе теоретичне і практичне значення має правильне визначення конкретного момент/ виникнення у громадян права приватної власності, адже з цього моменту власник набуває право на захист набутої власності передба­ченими законом способами. Крім того, відповідно до ч. 1 ст. 130 ЦК України при відчуженні речі ризик випадкової загибелі або її випадкового псування переходить на набувача водночас з виникненням у нього права власності, якщо інше не встановлено законом або договором. З цього моменту на­бувач має право здійснювати правомочності власника щодо володіння, користування та розпорядження набутим майном.

Чинне цивільне законодавство передбачає правила про визначення моменту виникнення права власності щодо випадків переходу майна від однієї особи до іншої за догово­рами. Так, відповідно до ст. 128 ЦК України право власності у набувача майна за договором виникає з моменту передачі речі, якщо інше не передбачено законом або договором. На­веденою нормою встановлено загальне правило про виник­нення у набувача права власності на майно з моменту пере­дачі речі. Передачею визначається вручення речей набува­чеві, а так само здача транспортній організації для від­правлення набувачеві і здача на пошту для пересилки набу­вачеві речей, відчужених без зобов'язання доставки. До передачі прирівнюється передача коносаменту або іншого розпорядчого документа про речі (ч. 2 ст. 128 ЦК). Водночас сторони на свій розсуд мають право визначити угодою будь-який інший момент, який не збігатиметься з моментом пере­дачі речі. Між тим у ЦК України відсутні норми, які б безпо­середньо визначали законодавче той чи інший момент ви­никнення права власності. Лише останнім часом подібні норми знайшли своє закріплення в деяких законодавчих актах, зокрема у законодавстві про приватизацію, про що буде сказано пізніше.

Неоднозначну оцінку дістала ст. 227 ЦК України, за якою договір купівлі-продажу жилого будинку має бути нотаріально

***Купівля-продаж***

***159***

посвідчений, якщо хоч би однією із сторін є громадянин, і не­додержання цієї вимоги тягне за собою недійсність договору. Крім того, такий договір підлягає реєстрації у виконавчому комітеті місцевої ради народних депутатів1. Зміст наведеної статті іноді давав привід для висновку про те, що право влас­ності у набувача будинку виникає лише в момент нотаріаль­ного посвідчення договору2. Однак, на наш погляд, достатніх підстав для такого висновку немає. Цілком очевидно, що зміст ст. 227 ЦК України про обов'язковість нотаріального по­свідчення договору купівлі-продажу жилого будинку не можна розглядати водночас як правило про порядок перехо­ду до набувача права власності на будинок. Якби законода­вець мав на увазі встановити особливий момент виникнення у набувача права власності на жилий будинок, то безумовно передбачив би це відповідною правовою нормою. Оскільки ж цього не сталося, то логічно, що і при відчуженні жилих бу­динків (нині квартир) має застосовуватися загальне правило ст. 128 ЦК України про момент виникнення права власності.

Інша справа, що до недавнього часу у формалізованих нотаріальних договорах про відчуження жилих будинків, як правило, спеціально не йшлося про момент виникнення у на­бувача права власності, а відтак вважалося, що при нота­ріальному посвідченні договору відбувалася символічна передача жилого будинку, вручення ключів тощо (звичайно, якщо між сторонами не було іншої додаткової домовленості). Отже, у будь-якому разі право власності на жилий будинок за договором про його відчуження (якщо однією із сторін є гро­мадянин) не може виникнути у набувача раніше нотаріально­го посвідчення, оскільки такий договір набуває юридичної сили лише з моменту його нотаріального посвідчення.

Особливу позицію щодо кооперативних квартир висловив Пленум Верховного Суду України, який у своїй постанові "Про практику застосування судами законодавства про житлово-будівельні кооперативи" від 18 вересня 1987 р. (зі змі­нами від 25 грудня 1992 р.), зазначив, що право власності на

1 Безпосередньо таку реєстрацію здійснюють бюро технічної інвен­таризації (БТ1).

2 Див.: Цивільний кодекс Української РСР. Науково-практичний комен­тар. — К„ 1971. — С. 131.

***160 Глава 7***

куплену квартиру у будинку ЖБК у покупця виникає з момен­ту укладення нотаріального посвідченого договору (п. 6-2).

Цивільний кодекс України не передбачив правових наслідків щодо недодержання вимог ч. 2 ст. 227 про реєстра­цію нотаріально посвідченого договору купівлі-продажу за участю громадянина. Однак її зміст дає достатньо підстав для висновку про те, що відсутність такої реєстрації не тягне за собою недійсність такого договору1. Правила ст. 227 ЦК України поширюються також на купівлю-продаж квартир, до­говори дарування нерухомого майна за участю громадянина та договори довічного утримання (хоч у ст. 426 ЦК прямої вказівки на це немає).

Цивільний кодекс України не встановив правила про обов'язковість нотаріального посвідчення та реєстрацію угод по відчуженню жилих будинків та іншої нерухомості, які укла­даються лише між юридичними особами. Тому можна вва­жати, що право власності на будівлю, відчужувану за догово­ром купівлі-продажу між юридичними особами, має виникати за ст. 128 ЦК України. Водночас необхідно відзначити, що нормативні акти радянського періоду передбачали обов'язко­ву реєстрацію всіх будинків і домоволодінь у межах міст і селищ міського типу, яка здійснювалася на підставі Інструкції про порядок реєстрації будинків і домоволодінь у містах і селищах міського типу Української РСР, затвердженої Мініс­терством комунального господарства 31 січня 1966 р.2. Реєстрації підлягали будинки із закінченим будівництвом та прийняті в експлуатацію за актом, затвердженим виконко­мом місцевої ради на підставі документів, які "встановлюють право власності (правовстановлюючих документів)" відповід­но до додатку. Серед таких правовстановлюючих документів, зокрема зазначалися: свідоцтва про право власності, дого­вори купівлі-продажу, міни, дарування, свідоцтва про право власності на спадщину, акти відводу земельної ділянки під будівництво та акти державної комісії про введення будинку в експлуатацію.

' У деяких союзних республіках колишнього СРСР у цивільних кодексах (РРФСР, Латвійської РСР, Молдавської РСР) передбачалося, що нота­ріально посвідчений договір купівлі-продажу жилого будинку є недійсним, якщо не був зареєстрований у державних органах.

2 Государственный нотариат. — К., 1982. — С. 242.

Купівля-продаж ївт

Зазначена Інструкція втратила чинність у зв'язку з затверд­женням Державним комітетом України по житлово-комуналь­ному господарству 13 грудня 1995 р. Правил державної реєстрації об'єктів нерухомого майна, що перебуває у власності юридичних та фізичних осіб, зареєстрованих у Мінюсті України 19 січня 1996 р. за № 31/1056. Відповідно до Правил державної реєстрації до об'єктів нерухомості, що підлягають реєстрації віднесені: жилі й нежилі будинки, дачі, садові будинки, гаражі, будівлі виробничого, господарського, соціально-побутового та іншого призначення, розташовані на окремих земельних ділян­ках, квартири багатоквартирних будинків. Державна реєстрація нерухомості має велике практичне значення для покупця чи іншого її набувача, адже вона дає їм можливість пересвідчитися у наявності у продавця права власності на відчужувану нерухомість.

В новому законодавстві дещо розширилося коло випадків обов'язкового нотаріального посвідчення угод з наступною їх реєстрацією у державних органах та законодавчого визна­чення моменту виникнення права власності. Так, відповідно до ст. 27 Закону України "Про приватизацію майна державних підприємств" (у первісній редакції) договір купівлі-продажу об'єкта приватизації підлягає нотаріальному посвідченню, а також реєстрації виконкомами рад народних депутатів про­тягом одного місяця з дня його укладення, а порядок перехо­ду права власності на приватизовані об'єкти визначається відповідно до законодавства (на жаль не зазначено, якого за­конодавства).

По-іншому було вирішене це питання у первісній редакції Закону України "Про приватизацію невеликих державних підприємств (малу приватизацію)", в ст. 24 якого прямо за­значалося, що до покупця, який придбав на аукціоні, конкурсі об'єкт приватизації, переходить право володіння, користу­вання і розпорядження цим об'єктом з моменту удару молот­ка ліцитатора або підписання протоколу засідання конкурсної комісії про визначення остаточного переможця, при викупі підприємства — з дати прийняття органом приватизації рішення про викуп. На перший погляд складається враження, що у зазначеній статті під переходом прав володіння, користу­вання та розпорядження об'єктом приватизації не йдеться про перехід права власності. Але вже сама назва цієї статті — "Право власності" знімає подібні сумніви. Введення в Закон

6 О. Дзера

***162 Глава 7***

зазначеної норми інакше як унікальною казусною ситуацією назвати не можна, адже мабуть вперше в законодавчій практиці визнано можливість виникнення права власності у набувача майна до укладення договору купівлі-продажу (в даному випадку — об'єкта приватизації).

Зміст ст. 24 також суперечить ст. 25 цього закону, відпо­відно до якої право власності на державне майно під­тверджується договором купівлі-продажу, посвідчуваному в нотаріальному порядку з наступною реєстрацією місцевою радою народних депутатів (пункти 1 і 2). Тобто тут вже начеб­то обставини, викладені у ст. 24, не підтверджують виникнен­ня у набувача об'єкта приватизації (переможця аукціону, кон­курсу) права власності. Однак у подальшому ще глибше ускладнює ситуацію норма п. 4 ст. 25, за яким договір купівлі-продажу є підставою для внесення коштів у банківську уста­нову, І покупець зобов'язаний здійснити обумовлені платежі протягом ЗО календарних днів з моменту переходу до нього права власності на об'єкт приватизації. Тим самим законода­вець знову дав привід для неоднозначного тлумачення статей 24125 Закону щодо моменту виникнення права власності на об'єкт приватизації.

На наш погляд, переможець аукціону чи конкурсу може на­бувати переважне перед усіма іншими особами право на ук­ладення з ним договору купівлі-продажу об'єкта приватизації. Тому цілком обгрунтовано законодавець у новій редакції За­кону України "Про приватизацію невеликих державних під­приємств (малу приватизацію)" від 15 травня 1996 р.1 усунув цю недоречність шляхом введення норм про те, що "право володіння, користування І розпорядження об'єктом привати­зації переходить до покупця з моменту нотаріального посвід­чення договору купівлі-продажу" (ст. 22). І хоч у даній статті не йдеться про момент виникнення права власності, але це розуміється само собою, оскільки зазначені правомочності саме 1 становлять зміст права власності.

Дещо по-іншому розв'язано це питання у Законі України "Про приватизацію майна державних підприємств" у редакції від 19 лютого 1997 р.2 У ст. 27 цього закону визначено, що

**' Відомості Верховної Ради України. — 1996. 2 Тем само. — 1997. — М" 17. — Ст. 122.**

• № 34. — Ст. 160.

Купівля-продаж 163

"право власності на приватизований об'єкт переходить з мо­менту нотаріального посвідчення договору купівлі-продажу". Наведені норми за своїм змістом не суперечать одна одній. Однак наявність подібних розбіжностей у приватизаційному законодавстві щодо врегулювання однієї проблеми свідчить про неузгодженість дій законодавців у нормотворчому про­цесі. На наш погляд, все-таки більш вдало вирішено питання права власності на об'єкт приватизації у ст. 27 вищезгаданого закону.

Певним чином врегульовано відносини щодо переходу права власності на земельні ділянки у Земельному кодексі України, яким, зокрема, передбачено, цю право власності на землю виникає після встановлення землевпорядними орга­нізаціями меж земельної ділянки в натурі (на місцевості) і одержання документа, що посвідчує це право (ст. 22). Таким документом є *державний акт на право власності,* який видають і реєструють відповідні ради народних депутатів (дер­жавні адміністрації), форму якого затверджує Верховна Рада України (ст. 23). При цьому такий порядок переходу права власності встановлений незалежно від правової підстави на­буття земельної ділянки у власність — у порядку безоплатного надання землі для ведення фермерського чи особистого підсобного господарства, для присадибної ділянки, для садів­ництва, для дачного і гаражного будівництва, а також на підставі успадкування, купівлі-продажу, дарування та обміну, одержання частки землі у спільному майні подружжя, що визначено ст. 6 Земельного кодексу. Наведене означає, що Земельним кодексом встановлено два різновиди підстав одержання громадянами земельних ділянок у власність — у порядку безоплатної передачі земельних ділянок у власність радами народних депутатів та на загальних цивільно-право­вих підставах (купівля-продаж, міна, дарування тощо).

Встановлення законодавцем для набуття земельних діля­нок за цивільно-правовими угодами такого ж порядку пере­ходу до набувача права власності, як і для випадків безоплат­ної передачі громадянам земельних ділянок у власність, не можна вважати досконалим. За таких умов можливі ситуації, в яких правове становище продавця і покупця є невизначеним, зокрема в період від моменту укладення нотаріально посвідченого договору до моменту реєстрації державного акта на право власності. Крім того, в разі смерті покупця у

б\* 164 Глава 7

цей проміжок часу проблематичною стає можливість успад­кування спадкоємцями придбаної померлим земельної ділян­ки. Ця невизначеність поглиблюється відсутністю законодав­че визначеного терміну здійснення такої реєстрації.

Особливий порядок переходу права власності визначений Указом Президента України "Про приватизацію об'єктів не­завершеного будівництва" від 14 жовтня 1994 р. У п. 8 цього Указу зазначається, що право власності покупця на земельну ділянку, на якій знаходиться об'єкт незавершеного будівниц­тва, виникає з моменту реєстрації свідоцтва про власність місцевим органом Державного комітету України по земель­них ресурсах, про що робиться відповідний запис у земельно-кадастрових документах і що посвідчується державним актом на право власності на землю. Отже, в даному випадку право власності на придбаний покупцем об'єкт незавершеного будівництва виникає після видачі державного акта на право власності.

У Земельному кодексі України передбачено спеціальні правила щодо переходу права власності на земельні ділянки при відчуженні будівель і споруд, розташованих на цих ділян­ках (ст. ЗО). Так, при переході права власності на будівлю і споруду разом з цими об'єктами переходить у відповідних розмірах і право власності або право користування (якщо таким правом володів продавець) земельною ділянкою без зміни її цільового призначення і, якщо інше не передбачено у договорі відчуження, будівлі та споруди. При цьому право власності або право користування земельною ділянкою у випадках, перелічених у ст. ЗО Земельного кодексу, посвідчується радами народних депутатів1. Таким чином, при відчуженні громадянами будівель і споруд земельна ділянка, яка перебувала у власності продавця, дарувальника тощо, може перейти у власність набувача або в момент нотаріаль­ного посвідчення договору, або в момент передачі йому буді­вель і споруд, або в момент реєстрації договору в державних органах, або в інший момент, обумовлений сторонами у до-

1 У даному випадку в ст. ЗО закралася юридична помилка, тому що ради народних депутатів не посвідчують право власності, а видають і реєструють документ, яким підтверджується право власності. Необхідно враховувати й те, що нині ці Д" можуть вчиняти також державні адміністрації

Купівля-продаж 165

говорі, оскільки, як уже зазначалося, чинний ЦК У країни поки що не приурочує момент виникнення у набувача права влас­ності на нерухомість до моменту реєстрації договору, укладе­ного за участю громадянина, в державних органах (БТІ).

Законом України "Про приватизацію державного житлово­го фонду" передбачено відчуження квартир (будинків) та на­лежних до них господарських споруд і приміщень (підвалів, сараїв і т. ін.) державного житлового фонду на користь грома­дян України (ст. 1). Така приватизація здійснюється шляхом безоплатної передачі громадянам квартир (будинків) з роз­рахунку санітарної норми 21 кв. м загальної площі на наймача і кожного члена сім'ї та додатково 10 кв. м на сім'ю, а також продажу надлишків загальної площі квартир (будинків) цим громадянам, що мешкають у них або перебувають на обліку тих, хто потребує поліпшення житлових умов (ст. 3).

Таким чином, залежно від розміру житла можлива лише безоплатна передача або частково безоплатна **та** частково сплатна передача житла у власність громадян. В **обох** випад­ках закон не вимагає оформляти приватизацію відповідним договором. Причому передача квартир (будинків) у власність громадян з доплатою, безоплатно чи з компенсацією оформ­ляється свідоцтвом про право власності на квартиру (буди­нок), яке реєструється в органах приватизації і не потребує нотаріального посвідчення. У даному разі відчуження квар­тири (жилого будинку) від одного власника до іншого (від дер­жави до громадянина) здійснюється у невідомій донедавна організаційно-правовій формі — без укладення договору про відчуження у вигляді оформленого належним чином єдиного договірного документа. Хоч законодавець для таких випадків прямо не визначає момент виникнення права власності, можна припустити, що таким має бути момент видачі свідоц­тва про право власності, а його реєстрація є лише адміністра­тивним актом.

Спеціальній реєстрації підлягають транспортні засоби, зброя та деякі інші об'єкти. Так, відповідно до ст. 34 Закону України "Про дорожній рух" державній реєстрації та обліку підлягають призначені для експлуатації на вулично-дорожній мережі загального користування автомобілі, автобуси, само­хідні машини, сконструйовані на шасі автомобілів, мотоцикли всіх типів, марок і моделей, причепи, напівпричепи та мото­коляски. Власники таких транспортних засобів зобов'язані

***166 Глава 7***

зареєструвати їх протягом десяти діб після їх придбання, одержання або виникнення підстав, що потребують внесення змін у реєстраційні документи, в органах державтоінспекції Міністерства внутрішніх справ України. З такою реєстрацією законодавець не, пов'язує виникнення у особи права влас­ності. У разі набуття транспортних засобів за договором мають застосовуватися відповідні загальні правила цивільно­го законодавства про перехід права власності.

Отже аналіз чинного законодавства України свідчить про наявність значних, не завжди виправданих розбіжностей та прогалин у підходах до вирішення проблеми моменту виник­нення права власності. Тому в новому ЦК України бажано було б сформулювати єдині критерії щодо виникнення права власності залежно від правових підстав придбання майна (створення нового об'єкта, придбання за цивільно-правови­ми договорами, придбання у порядку приватизації, одержан­ня заробітної плати тощо).

Певною мірою розв'язано цю проблему у новому Цивіль­ному кодексі Російської Федерації 1994 р. (частина перша), ст. 223 якого сформульовано так:

"1. Право власності у набувача речі за договором виникає з моменту її передачі, якщо інше не передбачено законом або договором.

2. У випадку, коли відчуження майна підлягає державній реєстрації, право власності у набувача виникає з моменту такої реєстрації, якщо інше не встановлено законом."

Практично наведений текст ст. 223 відтворює дослівно текст ст. 135 Цивільного кодексу РРФСР 1964 р., за винятком п'яти останніх спів ч. 2 "якщо інше не встановлено законом", яких не було у ст. 135. Водночас в новому ЦК РФ з'явилася нова ст. 219 "Виникнення права власності на новостворюване нерухоме майно", в якій записано:

"Право власності на будинки, споруди та інше новостворю­ване нерухоме майно, яке підлягає державній реєстрації, виникає з моменту такої реєстрації".

В статті 329 проекту ЦК України знайшли своє підтвер­дження положення ст. 128 ЦК 1963 р. щодо визначення мо­менту права власності у набувача майна за договором. Во­дночас у ній передбачені також новели. Так, у ст. 329 проекту ЦК України зазначається, що право власності на річ за дого­вором, який потребує нотаріального посвідчення, виникає у

***Купівля-продаж 167***

набувача з моменту такого посвідчення, а якщо договір про відчуження майна підлягає державній реєстрації — з момен­ту його реєстрації (п. 4).

Як бачимо, п. 4 ст. 329 проекту ЦК України повторює зміст п. 2 ст. 223 ЦК РФ. Однак є сумніви щодо необхідності вве­дення в Україні норми, аналогічної ч^ 2 ст. 223 ЦК РФ у частині приурочення моменту виникнення у набувача права власності до моменту реєстрації угоди по відчуженню певного майна. Такий підхід законодавця був підданий критиці ще в літературі соціалістичного періоду, в якій зверталася увага на відсутність у ЦК РРФСР визначеного терміну, протягом якого договір про відчуження, зокрема жилого будинку, має бути зареєстрований у виконавчому комітеті. Щоб уникнути цього недоліку, пропонувалося передбачити певний строк для реєстрації угоди про відчуження жилого будинку1. Однак у но­вому ЦК РФ ці пропозиції не було враховано.

Російський варіант визначення моменту виникнення права власності у набувача нерухомості може поставити про­давця у значно гірше становище порівняно з покупцем, оскільки, крім всього, в ЦК РФ нічого не сказано про те, хто має здійснювати реєстрацію угоди — продавець чи покупець. Наприклад, за договором купівлі-продажу громадянин при­дбав жилий будинок, у який переїхав для постійного прожи­вання, а продавець виїхав для проживання в іншу країну. По­купець протягом кількох років не зареєстрував нотарально посвідчений договір купівлі-продажу (між тим, законодавець якраз і не зобов'язує робити це саме покупця). За чинним за­конодавством, у разі випадкової загибелі будинку ризик має бути покладено на продавця, який продовжує залишатися після нотаріального посвідчення договору власником будин­ку, хоч фактично він себе таким вже не вважає. Ситуація істотно не зміниться навіть тоді, коли передбачити в законі тримісячний чи шестимісячний строк для обов'язкової реєстрації договорів про відчуження нерухомості, оскільки протягом цього строку зберігатиметься невизначеність пра­вового становища покупця і продавця. За такого підходу можливі три варіанти вирішення цієї проблеми: а) встановити

Див.: *Ерошенко АА.* Личная собственность в гражданском праве. — М., — 1975. — С. 90.

***168 Глава 7***

якнайкоротший термін для здійснення реєстрації угоди набу­вачем (наприклад, 10 днів); б) зобов'язати обидві сторони чи набувача здійснювати реєстрацію угоди про відчуження не­рухомості в день нотаріального посвідчення цієї угоди, що може виявитися практично неможливим; в) зобов'язати нотаріальні контори (нотаріусів) направляти копію угоди до БТІ для реєстрації, що також може ускладнити ситуацію.

Враховуючи викладене, можна констатувати, що в новому ЦК України варто зберегти текст ч. 1 ст. 128 ЦК України та доповнити її новою нормою такого змісту: У випадках, коли договір потребує нотаріального посвідчення, право власності у набувача виникає з моменту такого посвідчення. Якщо договір про відчуження майна підлягає державній реєстрації, право власності у набувача виникає з моменту його реєстра­ції, якщо інше прямо не передбачено законом. За такої ре­дакції наведене правило не буде суперечити приватиза­ційному законодавству, яке приурочує виникнення права власності на придбаний за договором купівлі-продажу об'єкт приватизації, що потребує нотаріального посвідчення та реєстрації, до моменту його нотаріального посвідчення, а не до моменту реєстрації.

**§ 5. Зміст договору купівлі-продажу та правові наслідки його порушення**

З укладенням договору купівлі-продажу, як і будь-якої іншої двосторонньої угоди, у кожної із сторін вини­кають права та обов'язки, які становлять його зміст. Важливо, що права однієї сторони співвідносяться з обов'язками іншої сторони таким чином, що відповідному обов'язкові продавця кореспондується відповідне право покупця і навпаки. Так, одним з найважливіших обов'язків продавця є передача ним майна у власність (у повне господарське відання або опера­тивне управління) покупця, а останній набуває право вима­гати передачі йому цього майна. У свою чергу покупець зобо­в'язаний прийняти від продавця придбане майно і сплатити **за** нього обумовлену ціну, а продавець відповідно має право вимагати від покупця прийняти продане майно (якщо він у цьому зацікавлений) і сплатити за нього належну грошову

***Купівля-продаж 169***

суму. Отже, аналіз змісту обов'язків дає уявлення про відпо­відні права сторін, що робить недоцільним детальний розгляд усіх прав сторін. Виконання зазначених обов'язків має здійснюватися обома сторонами одночасно, якщо інше не передбачено законом або договором (ст. 171 ЦК).

Цивільний кодекс України визначає також ряд інших до­даткових обов'язків продавця. Так, продавець зобов'язаний:

попередити покупця про всі права третіх осіб на річ, яка продається (ст. 229); зберігати продану річ, якщо право влас­ності переходить до покупця раніше передачі речі (ст. 230);

повідомити про можливі наявні недоліки продаваної речі (ст. 234). У сторін можуть виникнути й інші обов'язки, зумов­лені предметом та різновидом договору купівлі-продажу, особливостями місця і способу виконання договору та інших обставин, які визначені актами законодавства чи договором або випливають із змісту останнього.

Важливе значення має також чітке визначення обов'язків покупця. У ЦК України названі пише обов'язки з оплати і прийняття купленої речі. Звичайно, у договорі можуть бути сформульовані й інші обов'язки покупця, як і продавця. До­даткові обов'язки можуть встановлюватися **також** законо­давчими актами (наприклад, про приватизацію, цінні папери).

Кожна із сторін договору купівлі-продажу повинна на­лежним чином виконувати всі обумовлені в ньому або перед­бачені законом обов'язки. У разі порушення їх продавець або покупець несуть майнову відповідальність чи інші правові наслідки, які можуть і не бути мірою цивільно-правової відпо­відальності, яка настає, зокрема, за наявності умов, перед­бачених законом за порушення зобов'язань (гл. 18 ЦК).

Як зазначалося, основний обов'язок продавця — передати продану річ покупцеві. Невиконання цього обов'язку надає покупцеві право вимагати від продавця передачі купленої ре­чі у примусовому порядку або відмовитися від подальшого вико­нання договору. При цьому і в першому, і в другому випадках покупець має право вимагати також відшкодування збитків, заподіяних йому внаслідок таких дій продавця (ст. 231 ЦК).

У разі невиконання продавцем обов'язку попередити покупця про всі права третіх осіб на продавану річ (право на­ймача, право застави, право довічного користування тощо) останній набуває право вимагати зменшення ціни або розірвання договору і відшкодування збитків (ст. 229 ЦК).

170 Глава 7

У статті 230 ЦК України прямо не визначаються правові наслідки для продавця, з вини якого сталося погіршення майна, прийнятого ним на зберігання до передачі його покуп­цеві. У ч. 2 цієї статті лише зазначається, що покупець зобо­в'язаний відшкодувати продавцеві витрати, завдані йому у зв'язку Із зберіганням майна. Тому питання про можливу відповідальність продавця за погіршення проданого майна має вирішуватися на підставі загальних норм про відповідаль­ність за неналежне виконання (невиконання) норм, що регу­люють відносини схову. Це випливає, зокрема, із змісту ст. 424 ЦК України, відповідно до якої правила про договір схову, визначені у ст. 413, ч. 1 ст. 415, статтях 416, 418—422 цього кодексу, застосовуються також до випадків, коли схов здійснюється на підставі інших договорів або вказівок закону, якщо інше не встановлено законом або спеціальними прави­лами про ці договори. Обов'язок схову виникає на підставі укладеного з відповідною умовою договору купівлі-продажу. Отже, продавець-охоронець має відповідати за втрату, не­стачу, пошкодження майна в обсязі, передбаченому ст. 419 ЦК України. Однак у законодавстві нічого не сказано про до­пустимість розірвання договору купівлі-продажу з ініціативи покупця у разі нестачі чи пошкодження придбаного майна. На наш погляд, якщо нестача чи пошкодження майна сталися з вини продавця-охоронця, застосування зазначених наслідків не суперечить загальним принципам цивільного права.

Продавець повинен забезпечити виникнення права влас­ності (права повного господарського відання, права опера­тивного управління) у покупця, інакше за законом для нього настають певні негативні наслідки. Проблеми з цього при­воду, як правило, виникають тоді, коли продавець не є влас­ником майна і не має спеціальних повноважень на здійснення дій по його відчуженню, а лише є його законним або незакон­ним володільцем. Зрозуміло, що за таких умов правомірність придбання покупцем такого майна може бути поставлена під сумнів власником або іншою уповноваженою особою. Тому, якщо третя особа на підставі, що виникла до продажу речі, пред'явить до покупця позов про її відібрання, покупець зобов'язаний притягнути продавця до участі у справі, а про­давець— вступити у цю справу на стороні покупця (ч.1 ст. 238 ЦК). Така участь продавця у справі необхідна для сприяння захистові покупця від можливого відсудження у нього купле-

***Купівля-продаж 171***

ної речі, обгрунтування безпідставності пред'явленого треті­ми особами позову.

Може статися так, що покупець не притягне продавця до участі у справі з власних міркувань або через незнання його місцеперебування, або продавець відмовиться взяти в ній участь. Непритягнення покупцем продавця до участі у справі зазначено в ч. 2 ст. 238 ЦК України, воно звільняє продавця від відповідальності перед покупцем, якщо продавець доведе, що, взявши участь у справі, він міг би запобігти вилученню речі у покупця. Річ може бути витребувана, зокрема у покуп­ця, на підставі ст. 145 ЦК України і Закону України "Про власність": Отже, у разі недоведення цього факту з продавця не знімається відповідальність за відсудження у покупця придбаної речі. Відмова продавця взяти участь у такій справі позбавляє його права доводити неправильність ведення справи покупцем.

Продавець зобов'язаний відшкодувати покупцеві заподіяні ним збитки з урахуванням вартості відсудженого майна, якщо за рішенням суду, арбітражного або третейського суду прода­на річ була вилучена у покупця. Угода сторін про звільнення або обмеження відповідальності продавця є недійсною, якщо продавець, знаючи про існування прав третьої особи на про­давану річ навмисно приховав це від покупця (ст. 239 ЦК).

Не виключені випадки, коли покупець, дізнавшись про від­сутність у продавця в момент укладення угоди належних повноважень на продаж майна, добровільно поверне його за­конному володільцю. І хоч закон таку ситуацію не передба­чає, покупець не може бути позбавлений права звернутися з позовом до такого продавця про відшкодування заподіяних даною угодою збитків.

На продавця покладається відповідальність за продаж майна належної якості. Основоположні принципи такої відпо­відальності та інших правових наслідків продажу майна нена­лежної якості сформульовано в ст. 234 ЦК. Покупцеві надає­ться право у разі придбання речі неналежної якості, якщо її недоліки не були застережені продавцем, за своїм вибором вимагати:

— заміни речі, визначеної у договорі родовими ознаками, на річ належної якості;

— відповідного зменшення купівельної ціни;

Т72 Глава 7

*—* безоплатного усунення недоліків речі продавцем чи відшкодування витрат покупця на їх виправлення;

— розірвання договору з відшкодуванням покупцеві збитків;

— заміни на такий самий товар іншої моделі з відповідним перерахуванням купівельної ціни1.

Викладені правила є загальними і застосовуються до усіх різновидів договору купівлі-продажу. Аналізуючи ці правила, можна дійти висновку, що покупцеві належить право вибору будь-якої з наведених вимог на свій розсуд і незалежно від вини продавця у виникненні недоліків. Головне, щоб їх існу­вання не було результатом неправильної експлуатації покуп­цем придбаного майна, щоб вони об'єктивно існували в мо­мент укладення договору або виявили свою негативну дію протягом певного строку його нормального використання. Таку конструкцію загальновизначальних положень про відпо­відальність продавця за недоліки предмета договору необхід­но визнати вдалою. Не заперечувалася їх ефективність і в юридичній літературі, і юристами-практиками.

Певні труднощі можуть виникнути при застосуванні за ба­жанням покупця правила про безоплатне усунення недоліків речі продавцем чи відшкодування витрат покупця на їх виправлення. Покупець може пред'явити додаткові вимоги про відшкодування збитків, зумовлених, наприклад, простоєм речі (неможливістю її використання). Позитивну відповідь на це питання дала судова колегія у цивільних справах Верхов­ного Суду України, яка у своїй ухвалі по справі за позовом колгоспу ім. Мічуріна Хустського району Закарпатської області до Виноградівського районного підприємства мате­ріально-технічного постачання про відшкодування витрат на усунення недоліків проданої речі і збитків, заподіяних простоєм тракторів, зазначила, що останні мають відшкодо­вуватися на підставі загальних норм ЦК України, що регулю­ють правовідносини за договором купівлі-продажу, зокрема статей 233 і 2342.

' Останній абзац у ч. 2 ст. 234 ЦК введено Законом України "Про внесення змін і поповнень до деяких законодавчих актів України ' від 15 липня 1994 р.; Відомості Верховної Ради України. — 1994. — № 33. — Ст. 300.

2 Право України. — 1992. — № 1. — С. 88—89.

***Купівля-продаж 173***

Покупцеві, який придбав товар з недоліками, не обов'язково відразу звертатися за захистом порушених прав до судових органів.

Відповідно до ст. 235 ЦК України покупець має право заявити продавцеві претензію з приводу не застережених ним недоліків проданої речі, на яку не встановлено гарантій­ний строк, якщо недоліки були виявлені протягом шести місяців з дня передачі речі, а з приводу недоліків нерухомого майна — не пізніше трьох років з дня передачі їх покупцеві, а якщо день передачі нерухомого майна встановити не­можливо або якщо майно перебувало у покупця до укладення договору купівлі-продажу — з дня його укладення (в редакції Закону України від 15 липня 1994 р.)1.

У законодавстві для таких випадків не визначено порядок подання та розгляду претензій. Положення вищезгаданої ст. 235 щодо необов'язковості подання претензії з приводу недоліків придбаної речі не є загальним, оскільки має винятки. Так, Арбітражний процесуальний кодекс України (статті 5—11) встановлює спеціальний порядок доарбітраж-ного врегулювання господарських спорів між підприємства­ми, установами, організаціями та іншими юридичними осо­бами, за яким обов'язковим є подання претензії, за деякими винятками.

Позов з приводу недоліків проданої речі може бути пред'явлений не пізніше шести місяців з дня відхилення пре­тензії, а якщо претензія не заявлена або день Ті заявлення встановити неможливо, — не пізніше шести місяців з дня закінчення строку, встановленого для заявлення претензії (ст. 237 ЦК).

Законом України "Про внесення змін і доповнень до деяких законодавчих актів України" від 15 липня 1994 р. ЦК України доповнено ст. 2341 такого змісту: "Покупець протягом 14 днів, не рахуючи дня купівлі, має право обміняти непродовольчий товар належної якості на аналогічний у продавця, у якого він придбаний, якщо товар не підійшов за формою, габаритами, фасоном, кольором, розміром або якщо з інших причин він не може бути використаний за призначенням". Порядок

' Відомості Верховної Ради України. — 1994. — № 33. — Ст. 300,

***174***

***Глава 7***

здійснення такого обміну визначає Закон України "Про захист прав споживачів".

Редакція нової статті є певною мірою невдалою, оскільки створює враження у читача про надання покупцеві права на обмін товару належної якості за будь-яким договором купівлі-продажу, що насправді не так. Фактично ж таким правом наділені покупці-громадяни (споживачі), які набувають товар у суб'єктів підприємництва (у роздрібних торговельних під­приємств, підприємців-громадян), про що докладніше йтиметься далі.

Певні правові наслідки можуть також наставати у разі не­належного виконання (невиконання) умов договору покуп­цем. Так, якщо покупець відмовиться прийняти куплену річ або заплатити **за** неї встановлену ціну, продавець має право вимагати прийняття речі покупцем і оплати ціни, а також відшкодування збитків, завданих затримкою виконання, або, з свого боку, відмовитися від договору і вимагати відшкоду­вання збитків (ст. 232 ЦК).

§ 6. Договір міни (бартеру)

У Цивільному кодексі України немає роз­горнутого визначення договору міни. У ньому лише зазна­чається, що за договором міни між сторонами проводиться *обмін одного майна на інше.* При цьому кожний з тих, хто бере участь у міні, вважається продавцем того майна, яке він дає в обмін, і покупцем майна, яке одержує (ст. 241 ЦК). Наведені положення з додатковим посиланням на бартер як різновид міни збережено у проекті нового ЦК України.

Договір міни спрямований на невідворотне відчуження кожною із сторін належного їй майна. У сторони, яка за дого­вором міни набуває майно, відповідно виникає право влас­ності (право повного господарського відання або право опе­ративного управління).

За своїми юридичними ознаками договір міни є *сплатним, двостороннім і консенсуальним.*

***Купівля-продаж***

***175***

Договір міни за змістом і формою має багато спільного з договором купівлі-продажу. У ранній період історичного розвитку, коли суспільство ще не мало грошової одиниці, міна була основною правовою формою забезпечення потреб гро­мадян і товарообігу.

Найістотнішою ознакою для розмежування цих двох дого­ворів є те, що у договорі купівлі-продажу за продаване майно продавцеві сплачується відповідна його вартість лише у гро­шовому виразі. За договором міни у разі нерівноцінності обмінюваного майна сторона, яка отримує річ більшої вар­тості, може компенсувати іншій стороні різницю відповідною сумою. За таких умов, однак, договір міни не перетворюється на договір купівлі-продажу. Більше того, така вартісна різниця може бути також компенсована виконанням певних робіт та наданням за товар меншої вартості відповідних послуг. У чин­ному законодавстві немає перешкод для подібних розрахун­ків у договорі міни.

Викладені положення щодо розрахунків закріплено у про­екті ЦК України (ст. 763).

Відповідно до ст. 242 ЦК України правове регулювання до­говору міни має здійснюватися за правилами про договір купівлі-продажу, якщо інше не випливає із змісту відносин сторін. Таким чином вирішуються питання про форму та умови договору міни, про права, обов'язки та відповідальність сторін за недоліки обмінюваного майна тощо. Правила купівлі-продажу, не властиві договору міни, або ті, що супе­речать його змістові, зокрема правила про сплату за куплену річ грошової суми, до договору міни не застосовуються. Не є договором міни угоди про обмін громадянами жилих приміщень, які вони займають як наймачі, відносини з обміну промислових товарів, придбаних громадянами в роздрібній торговельній мережі, якщо вони з якихось причин не влашто­вують покупця або є неякісними.

До недавнього часу договір міни широко не застосову­вався. Більше того, сфера його застосування постійно звужу­валася. Так, за чинним законодавством, договір міни, в якому однією або обома сторонами виступали державні організації, міг бути укладений лише у випадках, передба­чених законодавством. Між колгоспами та іншими коопе­ративними, а також громадськими організаціями договори міни мали укладатися в межах спеціальної правоздатності їх

***176 Глава 7***

і якщо це не суперечило закону. Громадяни укладали дого­вори міни переважно побутового характеру. Заборонялися, як правило, товарообмінні відносини між державними орга­нізаціями і громадянами. Наявність цих та багатьох інших обмежень щодо застосування договору міни у сфері товаро­обігу зумовлювалася централізованою плановою системою розподілу матеріальних благ, ігноруванням законів ринкової економіки.

І лише після започаткування економічних реформ ринко­вого спрямування, прийняття нового законодавства про власність, підприємництво тощо договір міни набув вагомішо­го значення. Так, відповідно до ст. 4 Закону України "Про власність" власник має право вчиняти щодо свого майна будь-які дії, що не суперечать закону, тобто саме власник обирає спосіб відчуження належного йому майна. У Законі України "Про підприємства в Україні" (ст. 10) зазначається, що підприємства можуть відчужувати, в тому числі обміню­вати, належне їм майно іншим підприємствам, а також за певних умов— громадянам. Предметом договору міни може бути практично все те майно, що й у договорі купівлі-продажу. Разом з тим у законодавстві можуть встановлюватися ті чи інші обмеження щодо товарообмінних угод. В умовах рефор­мування системи розподілу продуктів матеріального вироб­ництва, виникнення диспропорцій у структурі виробництва та відсутності у суб'єктів підприємництва достатніх коштів набу­ли поширення бартерні угоди.

Договір міни може також породжувати й негативні тен­денції. Бартерні угоди, зокрема, здатні гальмувати товаро-обіг сприяти розвитку тіньової економіки, а в умовах дефіциту обігових коштів — спонукати сторони укладати їх на невигід­них та нееквівалентних умовах, особливо у зовнішньоеконо­мічній діяльності. Тому з метою впорядкування здійснення бартерних (товарообмінних) операцій суб'єктами зовнішньо­економічної діяльності України, регулювання платіжного ба­лансу України 27 січня 1995 р. було прийнято Указ Прези­дента України "Про регулювання бартерних (товарообмінних) операцій у галузі зовнішньоекономічної діяльності"1.

Галицькі контракти. — 1995. — № 5. — С. 16—17.

Купівля-продаж 177

Однак, як свідчить статистика, товарообмінні бартерні угоди (операції) надзвичайно поширилися як у внутрішньому, так і зовнішньоекономічному товарообігові.

Так, у січні—вересні 1997 р. 39,2 відсотка всієї промисло­вої продукції країни було реалізовано на бартерних умовах. При цьому обсяги реалізації продукції за бартерними угодами в чорній металургії становили 41,2 відсотка, в хімічній та нафтохімічній промисловості—50,1, лісовій, деревообробній та целюлозно-паперовій промисловості — 54,3, промисло­вості будівельних матеріалів — 57,8 відсотка.

Питома вага бартерних операцій у загальному обсязі експорту дорівнювала 11,1 відсотка (у січні—серпні 1996 р. — 23,5 відсотка), імпорту— 10,4 відсотка (16,2 відсотка). Особ­ливо високою в цей період була питома вага бартеру в експорті паперової маси — 96,2 відсотка, каучуку та гумових виробів — 77 відсотків1.

Статистичні дані свідчать про те, що заходи, передбачені в Указі Президента України від 27 січня 1995 р., певною мірою спричинили зменшення бартерних угод у зовнішньоекономіч­ному товарообігові.

Однак у загальному товарообігові питома вага бартерних угод у реалізації продукції є надто високою. У зв'язку з цим представники банківської системи запропонували ввести прямі обмеження на здійснення суб'єктами підприємництва бартерних угод, посилити державний контроль та запровади­ти спеціальний режим розрахунків за такими угодами через банківські установи2. На нашу думку, такі пропозиції супере­чать принципам ринкового законодавства, яке утверджує свободу договору та вільного вибору його організаційно-пра­вових форм. Ефективнішим тут може виявитися встановлен­ня відповідного механізму оподаткування бартерних угод та їх цивільно-правового врегулювання.

Відповідно до згаданого Указу бартерна (товарообмінна) операція у галузі зовнішньоекономічної діяльності — це один з видів експортно-імпортних операцій, оформлених єдиним договором між суб'єктом зовнішньоекономічної діяльності

1 Урядовий кур'єр. Інф.додаток "Орієнтир". — 1997. — 6 листопада.

2 Див.: Кравець В. Пора приборкати бартерну вакханалію // Урядовий кур'єр. — 1997. — 9 серпня.

178 Глава 7

України та іноземним суб'єктом господарської діяльності, що передбачає збалансований за вартістю обмін товарами, не опосередкований рухом коштів у готівковій чи безготівковій формі (бартерний договір). В Указі визначається порядок від­криття, внесення та повернення попередніх імпортних депо­зитів у разі здійснення бартерних операцій, предметом яких є високоліквідні експортні товари України, високоліквідні сіль­госппродукція і продукти її переробки та товари, що є критич­ним імпортом для України. Відповідно до ст. 11 згаданого Ука­зу товари, що імпортуються за бартерним договором, підля­гають ввезенню на митну територію України у строки, зазна­чені в такому договорі, але не пізніше 90 календарних днів з дати митного оформлення товарів, які фактично експортовані за бартерним договором, а в разі експорту за бартерним до­говором робіт, послуг — з дати підписання акта або іншого документа, що посвідчує виконання робіт, надання послуг. Порушення строків ввезення товарів (виконання робіт, на­дання послуг), що імпортуються за бартерним договором, тягне за собою стягнення пені за кожний день прострочення у розмірі 0,3 відсотка від вартості неодержаних товарів в іно­земній валюті, перерахованій у валюту України за офіційним поточним курсом валюти України до долара США на день на­рахування пені.

На відміну від традиційного договору міни предметом бар­терного договору можуть бути не лише майно, а й послуги і роботи, що випливає із змісту зазначеного Указу. Можлива ситуація, за якої взагалі немає обміну реальними товарами, наприклад, коли кожна із сторін бартерного договору надає одна одній послуги чи виконує роботи.

До бартерного договору в зовнішньоекономічній дяльності застосовуються відповідні положення Закону України "Про зовнішньоекономічну діяльність" та інші спеціальні законо­давчі акти.

Незважаючи на поширення товарообмінних угод у внут­рішньому товарообігові України, загальноцивільний договір міни, що опосередковує цей обіг, виявився практично невре-гульованим, адже в чинному ЦК України йому присвячено всього лише дві статті — 241 і 242. Стільки ж статей пропо­нується і в проекті нового ЦК України — статті 763 і 764. У даному випадку не можна компенсувати проблему законо­давчої неврегульованості договору міни посиланням на те,

***Купівля-продаж 179***

*що* до нього застосовуються відповідні правила про договір купівлі-продажу, оскільки мінові угоди, за якими здійснюється обмін одних товарів (робіт, послуг) на інші товари (роботи, послуги) за своїми правовими наслідками у разі їх невиконан­ня можуть виявитися значно складнішими, ніж угоди купівлі-продажу з грошовою оплатою товару.

Наприклад, українська компанія "Укрнафтохім" уклала з АТ "Індустріалекспорт" (м. Бухарест, Румунія) контракт від 17 ве­ресня 1992 р. № 19—12, згідно з якими компанія зобов'я­залася на бартерній основні поставити АТ топковий мазут, а останнє — виготовити та поставити фланці на суму 2 217 373 доларів США. У встановлені строки фланці було ви­готовлено й підготовлено для відвантаження, однак компанія "Укрнафтохім" не змогла поставити мазут. АТ звернулося до Міжнародного комерційного арбітражного суду при ТПП України з позовом, в якому вимагало стягнути з "Держком-нафтогазу" (правонаступника компанії "Укрнафтохім") вар­тість виготовлених фланців. Суд задовольнив вимоги позива­ча. Водночас своїм рішенням від 14 грудня 1994 р. суд зобо­в'язав відповідача розпорядитися виготовленими для нього фланцями1. Вирішуючи дану справу, суд обгрунтовано визнав за доцільне застосувати принцип реального виконання зобо­в'язання в натурі лише позивачем. Оскільки відповідач не міг виконати поставку мазуту в натурі, примусове спонукання його до цього не могло забезпечити захист інтересів позива­ча, який своє зобов'язання виконав належним чином.

§ 7. Особливості купівлі-продажу в зовнішньоекономічному обігу

У розвитку сучасного суспільства, світової цивілізації важлива роль належить міжнародним відносинам, однією із складових яких є зовнішньоекономічні зв'язки та їх організаційно-правова основа — міжнародна торгівля. Зов­нішньоекономічні зв'язки (міжнародна торгівля) опосередко-

' Архів Міжнародного комерційного арбітражного суду при ТПП України. — 1994. — Справа АС № 62 У

***180***

Глава 7

вуються різними зовнішньоекономічними угодами, серед яких центральне місце посідає договір купівлі-продажу. В усіх країнах світу сутність договору купівлі-продажу одна: він спрямований на забезпечення товарообігу в суспільстві шля­хом сплатного відчуження майна одними особами у власність інших осіб. Водночас зовнішньоекономічний (міжнародний) договір купівлі-продажу має багато особливостей, зумовле­них, зокрема, участю у товарообігу іноземних суб'єктів комерційної та іншої діяльності, необхідністю захисту еконо­мічних і політичних інтересів держави, міжнародними звичая­ми та договорами. ЦІ особливості визначені в законодавстві України. Основні принципи, умови та порядок здійснення зовнішньоекономічної діяльності, в тому числі торгівлі, вста­новлені Законом України "Про зовнішньоекономічну діяль­ність", іншими численними актами законодавства України та міжнародними актами.

Відповідно до ст. 1 Закону України "Про зовнішньоеконо­мічну діяльність" зовнішньоекономічний договір (контракт) — це матеріально оформлена угода двох або більше суб'єктів господарської діяльності та їх іноземних контрагентів, спря­мована на встановлення, зміну або припинення 'їх взаємних прав та обов'язків у зовнішньоекономічній діяльності. В між­народній практиці контрагенти, як правило, називають угоди купівлі-продажу контрактами в розумінні, ідентичному дого­ворові купівлі-продажу чи іншому відповідному договорові.

Учасниками (продавцями і покупцями) зовнішньоеконо­мічного договору (контракту) купівлі-продажу можуть бути суб'єкти, перелічені у ст. З Закону України "Про зовнішньо­економічну діяльність", а саме:

• фізичні особи — громадяни України, іноземні громадяни та особи без громадянства, які мають цивільну правоздат­ність і дієздатність згідно із законами України і постійно про­живають на її території;

• юридичні особи, зареєстровані як такі в Україні і які мають постійне місцеперебування на території України, в тому числі юридичні особи, майно та/або капітал яких є повністю у власності іноземних суб'єктів господарської діяльності;

• об'єднання фізичних, юридичних, фізичних і юридичних осіб, які не є юридичними особами згідно із законами України, але мають постійне місцеперебування на території

Купівля-продаж 181

України і яким цивільно-правовими законами України не за­боронено здійснювати господарську діяльність;

• структурні одиниці іноземних суб'єктів господарської діяльності, які не є юридичними особами згідно із законами України, філії, відділення тощо, але мають постійне місце­перебування на території України;

• спільні підприємства з участю суб'єктів господарської діяльності України та іноземних суб'єктів господарської діяль­ності, зареєстровані як такі в Україні і які мають постійне місцеперебування на її території;

• інші суб'єкти господарської діяльності, передбачені зако­нами України.

Таким чином, сторонами в зовнішньоекономічному дого­ворі купівлі-продажу можуть бути лише ті особи, які мають спеціальну правоздатність щодо укладення такого договору відповідно до законів України та/або закону країни, де його укладено. Фізичні особи для укладення зовнішньоекономіч­них угод повинні мати достатню цивільну дієздатність, а якщо ці угоди є підприємницькою діяльністю, то вони повинні також набути статусу підприємця.

Договір купівлі-продажу в зовнішньоекономічній діяльності необхідно укладати, додержуючись загальних і спеціальних ви­мог чинного законодавства міжнародних договорів України. Його учасники мають право використовувати усталені міжна­родні звичаї, рекомендації міжнародних органів та організа­цій, якщо це не заборонено прямо та у виключній формі за­конами України.

В умовах лібералізації зовнішньоекономічної діяльності зберігається необхідність державного регулювання окремих її сфер. Так, Указом Президента України "Про облік окремих видів зовнішньоекономічних договорів (контрактів) в Україні" від 7 листопада 1994 р.1 (із змінами, внесеними Указами Президента України від 17 листопада 1994 р. та від 13 січня 1995-р.) визначено перелік окремих видів зовнішньоеконо­мічних договорів (контрактів), які підлягають обліку, а також цим же Указом затверджено Положення про порядок реєстрації окремих видів зовнішньоекономічних договорів.

' Урядовий кур'єр. — 1994. — 1 грудня

182 Глава 7

Відповідно до зазначеного Указу спеціальному облікові (реєстрації) підлягають зовнішньоекономічні договори (контр­акти), які укладені суб'єктами зовнішньоекономічної діяль­ності України всіх форм власності та предметом яких є:

товари, відносини з реекспорту яких регулюються чинним законодавством України та міжнародними договорами України;

товари походженням з України, щодо яких міжнародними договорами України передбачено добровільні обмеження експорту з метою запобігання демпінгу;

товари походженням з України, щодо яких здійснюються антидемпінгові процедури;

товари походженням з України, імпорт яких до інших дер­жав квотується, контингентується, ліцензується відповідно до законодавства цих держав або нормативних актів економіч­них угруповань, митних союзів;"

товари походженням з України, експорт яких здійснюється у рамках бартерних (товарообмінних) операцій чи операцій із зустрічною торгівлею.

Наказом Міністерства зовнішніх економічних зв'язків і торгівлі України від 5 жовтня 1995 р. затверджено Положення про форму зовнішньоекономічних договорів (контрактів)1, в якому сформульовано вимоги, яким має відповідати зов­нішньоекономічний контракт. Насамперед він повинен бути належно оформлений і підписаний. У Положенні зазначає­ться, що в зовнішньоекономічному договорі (контракті) мають бути визначені:

його сторони та їх реквізити;

предмет договору;

кількість та якість договору;

базисні умови поставки товарів відповідно до Міжнародних правил інтерпретації комерційних термінів у редакції 1990 р.;

ціна та загальна вартість контракту, а у бартерному контр­акті — загальна вартість товарів, що експортуються, та за­гальна вартість товарів, що імпортуються за цим контрактом, виражені в іноземній валюті, крім того, зазначаються у дола­рах США;

Урядовий кур'єр. — 1995. — 2 листопада.

***Купівля-продаж***

***183***

умови платежів;

умови здачі (приймання) товарів;

форс-мажорні обставини;

санкції та рекламації;

арбітраж;

юридичні адреси, поштові та платіжні реквізити сторін.

Безперечно, сторони мають право передбачати й інші різні додаткові умови. При цьому права та обов'язки сторін зовнішньоекономічної угоди визначаються правом місця її укладення, якщо сторони не погодили інше, що і відобража­ється в умовах договору (контракту).

Особливий інтерес становить питання про форму зовнішньоекономічних угод, у тому числі і купівлі-продажу, а також наслідків її недодержання, оскільки нині воно поки що не має однозначного вирішення. Так, відповідно до ст. 6 За­кону України "Про зовнішньоекономічну діяльність" зовніш­ньоекономічний договір (контракт) укладається у письмовій формі (якщо інше не встановлено законом або міжнародним договором України), який від імені фізичної особи підписує­ться цією особою, а від імені інших суб'єктів зовнішньоеконо­мічної діяльності — двома особами: відповідною посадовою особою та особою, уповноваженою довіреністю. Встановив­ши порушення цього правила, суди нерідко визнають недійс­ними зовнішньоекономічні договори, укладені з порушенням форми і порядку їх підписання.

На наш погляд, такий підхід не безспірний. Так, згідно з ч. 2 ст. 45 ЦК України недодержання форми зовнішньоторговель­них угод та порядку їх підписання (ст. 568 ЦК) тягне за собою недійсність угоди, тобто санкція за ч. 2 ст. 45 застосовується за порушення форми і порядку зовнішньоторговельних угод, встановлених ст. 568 ЦК України. Проте у ч. 2 ст. 568 зазна­чено, що форма зовнішньоторговельних угод, які укладаються радянськими організаціями, і порядок підписання їх, неза­лежно від місця укладення цих угод, визначаються законо­давством Союзу РСР. Наведена норма не може поширюва­тися на відносини сторін таких угод у зв'язку з тим, що:

1) дія даної норми розрахована на регулювання відносин колишнім союзним законодавством в умовах державної мо­нополії на зовнішню торгівлю, а зараз діє принцип свободи суб'єктів зовнішньоекономічної діяльності;

***184 Глава 7***

*2)* сторони, які укладають зовнішньоекономічні угоди, вже не є радянськими організаціями, на які має поширюватися законодавство колишнього СРСР про зовнішньоекономічну діяльність; ,

3) визнання угод недійсними на підставі статей 45 і 568 ЦК України було можливим лише у разі порушення форми та порядку підписання їх, встановлених законодавством СРСР, яке сьогодні взагалі не може застосовуватися до даних правовідносин. Нині ці норми не діють, оскільки, відповідно до Постанови Верховної Ради України "Про порядок-тимчасової дії на території України окремих актів законодавства Союзу РСР" від 12 вересня 1991 р., союзне законодавство застосо­вується, якщо відповідні відносини не врегульовані законо­давством України і не суперечать йому. А втім, як відомо, зовнішньоекономічні відносини вже врегульовано Законом України "Про зовнішньоекономічну діяльність" та іншими за­конодавчими актами України, перелік яких подано у Поло­женні про форму зовнішньоекономічних договорів (контрак­тів), затвердженому МЗЄЗторгом України від 5 листопада 1995 р. У цьому переліку закони СРСР не зазначаються. За таких умов має діяти правило ч. 1 ст. 45 ЦК України, згідно з яким недодержання форми угоди, якої вимагає закон, тягне за собою недійсність угоди лише в тому разі, якщо такий наслідок прямо вказаний у законі. Проте у Законі України "Про зовнішньоекономічну діяльність" та інших спеціальних законодавчих актах України такі правові наслідки відносно випадків укладення угод за підписом однієї особи прямо не передбачено.

Правда, у ч. 5 ст. 6 згаданого закону є норма, згідно з якою зовнішньоекономічний договір може бути визнаний недій­сним у судовому порядку, якщо він не відповідає вимогам законів України чи міжнародним договорам України. Але ця норма не стосується безпосередньо відступів від форми і по­рядку підписання зовнішньоекономічних договорів, а відпо­відно до цивільного законодавства недодержання цих вимог тягне за собою недійсність угод лише у випадках, прямо передбачених законом.

Дещо двозначною уявляється і та частина ст. 6, відповідно до якої зовнішньоекономічний договір від імені юридичної особи мають підписувати дві особи: "особа, яка має таке

***Купівля-продаж 185***

право згідно з посадою відповідно до установчих документів, І особа, уповноважена довіреністю, виданою за підписом керівника суб'єкта підприємницької діяльності одноособове, якщо установчі документи не передбачають інше". Саме остання фраза може дати підстави для неоднозначних вис­новків, зокрема про те, що установчі документи можуть вста­новлювати й Інший порядок підписання зовнішньоекономіч­них договорів, у тому числі й одноособовий.

На підставі вищезазначеного, а також враховуючи те, що вже немає радянських організацій і не діє законодавство СРСР, слід зробити висновок, що наявність у зовнішньотор­говельній угоді лише одного підпису від імені юридичної особи України не є підставою для визнання її недійсною. Дана пози­ція іноді підтримується і арбітражною практикою. Так, прези­дія Вищого арбітражного суду України у справі № 38/6 за позовом австрійської фірми "Дипл-Інж. Стефан Ландау" до СП "Кебот-Київ" залишила у силі договір на реалізацію лікарських препаратів, підписаний зі сторони СП однією особою — президентом, не знайшовши підстав для визнання його недій­сним через порушення форм з тих же міркувань, які були за­значені вище. Подібний підхід міститься також у постановах Арбітражної наглядової колегії ВАС України від 11 січня 1997 р. у справі М8 8/131 за позовом фірми "Армор" до ВАТ "Лубнифарм".

Розглядаючи спір у справі АС № 62 Міжнародний комер­ційний арбітражний суд при Торгово-промисловій палаті України не визнав недійсним контракт від 17 вересня 1992 р. міжАТ "Індустріалекспорт" (м. Бухарест, Румунія) і компанією "Укрнафтохім" (м. Київ, Україна) про поставки товарів на бар­терній основі, незважаючи на те, що з української сторони контракт був підписаний одноособове.

Така арбітражна практика заслуговує на підтримку, оскіль­ки нерідко представники суб'єктів підприємництва (юридич­них осіб) навмисно підписують одноособове зовнішньоекономічні угоди, розраховуючи на необов'язковість їх виконання. Причому, як свідчить арбітражна практика, з вимогами про визнання таких угод недійсними звертається та сторона кон­тракту, яка одноособове підписала угоду. До речі у проекті ЦК України взагалі немає правил щодо наслідків недодержання форми та порядку підписання таких угод

186 Глава 7

У ст. 6 Закону України "Про зовнішньоекономічну діяль­ність" сформульовано кілька принципових положень щодо за­стосовуваного до угод права, а саме:

• форма зовнішньоекономічної угоди визначається пра­вом місця її укладення;

• форма угод з приводу будівель та іншого нерухомого майна, розташованого на території України, встановлюється законами України;

• права та обов'язки сторін зовнішньоекономічних догово­рів (контрактів) визначаються правом країни, обраної сторо­нами при укладенні договору (контракту) або в результаті подальшого погодження;

• за відсутності погодження між сторонами щодо права, яке має застосовуватися до договору купівлі-продажу, засто­совується право країни, де заснована, має своє місце проживання або основне місце діяльності сторона, яка є про­давцем.

Бурхливий розвиток міжнародного товарообігу зумовив необхідність створення відповідних універсальних правил міжнародної купівлі-продажу. Так, Міжнародна торговельна палата у 1953 р. розробила Міжнародні правила інтерпретації комерційних термінів (правила ІНКОТЕРМС), які застосову­ють нині у редакції 1990 р.1. З метою однакового тлумачення комерційних термінів суб'єктами підприємництва України та учасниками відносин, що виникають у зв'язку з такими дого­ворами, Указом Президента України "Про застосування Міжнародних правил інтерпретації комерційних термінів" від 4 жовтня 1994 р.2 було встановлено, що ці Правила застосо­вуватимуться при укладенні суб'єктами підприємницької діяльності України усіх форм власності договорів, утому числі зовнішньоекономічних, предметом яких є товари (роботи, послуги).

Велике практичне значення для ефективного розвитку міжнародного товарообігу та встановлення для нього уніфіко­ваних правил має Віденська конвенція 00Н про договори міжнародної купівлі-продажу товарів 1980 р.3, яка вступила в

\* Международний коммерческий арбитраж. — К., 1995. — С. 127—129.

2 Там само. — С. 51—84.

3 Там само. — С. 46—51.

Купівля-продаж

силу з 1 січня 1988 р. Конвенція містить 101 статтю, що регу­люють відносини, пов'язані з укладенням договорів міжна­родної купівлі-продажу, їх виконанням та відповідальністю за невиконання чи неналежне виконання договірних зобо­в'язань.

При ратифікації Конвенції 3 січня 1990 р. Україна заявила, що будь-яке положення статей 11 і 29 чи частини II Конвенції, яка допускає щоб договір купівлі-продажу чи його зміна або припинення угодою сторін або оферта, акцепт або будь-яке висловлення наміру здійснювалися не у письмовій формі, не застосовується, якщо хоч би одна із сторін має своє комерційне підприємство в їх відповідних державах.

Знання перелічених та інших міжнародних правил купівлі-продажу дасть можливість підприємцям набути знання та досвіду цивілізованого ведення комерційної діяльності у сучасних динамічних і складних ринкових відносинах.

Глава 8. Купівля-продаж у роздрібній торгівлі

**§ 1. Організаційно-правові основи торговельної діяльності**

**Поняття торговельної діяльності та за­гальні умови її здійснення.** Торговельна діяльність — це ініціативна, самостійна діяльність юридичних осіб і громадян щодо здійснення купівлі та продажу товарів народного споживання з метою отримати прибуток.

Оскільки торговельна діяльність відповідно до ст. 1 Закону України "Про підприємництво" від 7 лютого 1991 р. є одним з видів підприємництва, вона характеризується також тим, що є систематичною, на власний ризик діяльністю.

Матеріальну основу торговельної діяльності становить власність. Власність як економічна категорія — це відносини між людьми з приводу речей, які полягають у присвоєнні або в належності матеріальних благ одним особам і відповідно у відчуженні цих благ від усіх інших осіб.

Власник має право використовувати належне йому майно (будівлі, споруди, засоби виробництва, вироблену продукцію, транспортні засоби, кошти, цінні папери тощо) для здійснення торговельної діяльності. Разом з тим власність не повинна використовуватися на шкоду людині і суспільству.

Відповідно до ч. 4 ст. 13 Конституції України держава за­безпечує захист прав усіх суб'єктів права власності і госпо­дарювання, соціальну спрямованість економіки.

Всі суб'єкти права власності рівні перед законом

***189***

у роздрібній торгівлі

Відповідно до ст. 2 Закону України "Про підприємництво" та п. З Порядку заняття торговельною діяльністю і правил тор­говельного обслуговування населення, затвердженого по­становою Кабінету Міністрів України від 8 лютого 1995р. № 108, суб'єктами торговельної діяльності можуть бути:

• громадяни України, інших держав, не обмежені законом у правоздатності1 або дієздатності2;

• юридичні особи всіх форм власності, встановлених Зако­ном України "Про власність".

Не допускається заняття торговельною діяльністю грома­дян таких категорій: військовослужбовців, службових осіб органів прокуратури, суду, державної безпеки, внутрішніх справ, арбітражного суду, державного нотаріату, а також органів державної влади та управління, які покликані здійсню­вати контроль за діяльністю підприємств. Законом України "Про державну службу" від 16 грудня 1993 р.3 та ст. 5 Закону України "Про боротьбу з корупцією" від 5 жовтня 1995 р. дер­жавним службовцям або іншим особам, уповноваженим на виконання функцій держави, заборонено займатися під­приємницькою (в тому числі торговельною) діяльністю безпо­середньо чи через посередників або підставних осіб, входити самостійно, через представника або підставних осіб до скла­ду правління чи інших виконавчих органів підприємств, кре­дитно-фінансових установ, господарських товариств тощо, організацій, спілок, об'єднань, кооперативів, що здійснюють підприємницьку діяльність.

Декретом Кабінету Міністрів України "Про впорядкування діяльності суб'єктів підприємницької діяльності, створених за участю державних підприємств" від 31 грудня 1992 р. заборо­нено безпосередньо займатися підприємницькою діяльністю керівникам, заступникам керівників державних підприємств, установ та організацій, їх структурних підрозділів, а також

1 Цивільна правоздатність — це здатність мати цивільні права та обов'язки. Правоздатність громадянина виникає у момент його народжен­ня і припиняється зі смертю.

2 Цивільна дієздатність — це здатність громадянина своїми діями набу­вати цивільних прав і створювати для себе цивільні обов'язки. Дієздатність у повному обсязі виникає з настанням повноліття, тобто після досягнення вісімнадцятирічного віку.

3 Відомості Верховної Ради України. — 1993. — № 52. — Ст. 490.

***100 Глава 8***

посадовим особам державних органів, органів місцевого та регіонального самоврядування. Це, однак, не виключає їхнього права отримувати дивіденди від акцій, а також доходи вщ інших корпоративних прав (доходи відповідно до своєї частки майна у статутному фонді господарського товариства тощо).

Посадовими особами, на яких поширюється дія зазначе­ного Декрету, вважаються працівники, діяльність яких пов'я­зана зі здійсненням державно-владних повноважень, вико­нанням організаційних, розпорядчих, адміністративних і гос­подарських функцій, прийняттям управлінських рішень. Збе­реження за цими особами лише права на отримання дивіден­дів (доходів) означає, цю право на управління належним їм майном (це — друга складова корпоративного права) зазна­чені у Декреті посадові особи на період зайняття вказаних посад можуть передавати довіреним особам відповідно до чинного законодавства.

Згідно з ч.4 ст. 5 Закону України "Про аудиторську діяль­ність" від 22 квітня 1993 р.1 також забороняється безпосе­редньо займатися торговельною, посередницькою та вироб­ничою діяльністю аудиторам, що не виключає їх права отри­мувати дивіденди вщ акцій та доходи вщ інших корпоративних прав.

Особи, яким суд заборонив займатися торговельною діяль­ністю2, не можуть бути зареєстровані як підприємці з правом здійснення торговельної діяльності до закінчення терміну, встановленого вироком суду. Особи, які мають непогашену судимість3 за крадіжки, хабарництво та інші корисливі злочи­ни, не лише не можуть бути зареєстровані як підприємці, а й не можуть виступати співзасновниками підприємницької організації, а також займати у підприємницьких товариствах та їх спілках (об'єднаннях) керівні посади і посади, пов'язані з матеріальною відповідальністю.

Суб'єкти торговельної діяльності мають право без обме­жень приймати рішення і здійснювати будь-яку діяльність, що

\* Відомості Верховної Ради України. — 1993. — № 23. — Ст. 243.

2 Позбавлення права займатися певною діяльністю може бути призна­чене судом на строк до 5 років як основне або додаткове покарання щодо осіб, які скоїли злочин (ст. 31 КК України).

3 Про погашення судимості див. ст. 55 КК України.

***Купівля-продаж у роздрібній торгівлі 101***

не суперечить чинному законодавству. Однак свобода торго­вельної діяльності не означає, що Ті суб'єкти діють на власний розсуд, не дотримуючись ніяких норм. Державне регулюван­ня торговельної діяльності, в першу чергу, полягає в законо­давчому забезпеченні порядку заняття торговельною діяль­ністю, встановленні правил торговельного обслуговування населення.

Держава законодавче забезпечує також свободу конку­ренції між підприємцями, захищає споживачів від виявів несумлінної конкуренції та монополізму у сфері торговельної діяльності.

Разом з тим втручання державних органів у торговельну діяльність господарюючих суб'єктів не допускається, якщо воно не зачіпає передбачених законодавством України прав державних органів контролю за діяльністю підприємців, що займаються торговельною діяльністю.

Державні органи і службові особи можуть давати підприєм­цям, що займаються торговельною діяльністю, вказівки тільки відповідно до своєї компетенції, встановленої законодавст­вом. У разі видання державним чи іншим органом акта, який не відповідає його компетенції або вимогам законодавства, підприємець має право звернутися до суду чи арбітражного суду із заявою про визнання такого акта недійсним. Збитки, завдані підприємцю внаслідок виконання вказівок державних чи інших органів або їх службових осіб, що призвели до пору­шення прав підприємця, а також внаслідок неналежного здій­снення такими органами або їх службовими особами перед­бачених законодавством обов'язків щодо підприємця, підля­гають відшкодуванню цими органами.

Спори про відшкодування збитків вирішує суд чи арбітраж­ний суд.

**Державна реєстрація суб'єктів підприємницької діяль­ності.** Господарюючі суб'єкти здійснюють торговельну діяль­ність після їх державної реєстрації як суб'єктів підприємниць­кої діяльності.

Заняття підприємницькою (в тому числі торговельною) діяльністю без державної реєстрації тягне за собою накла­дення штрафу від трьох до восьми неоподатковуваних міні­мумів доходів громадян з конфіскацією виготовленої продук­ції, знарядь виробництва і сировини чи без такої (ст. 164 Ко­дексу України про адміністративні правопорушення). Якщо ці

192 Глава В

дії вчинено протягом року після накладення адміністративно­го стягнення за такі самі порушення, фізична особа, що винна у вчиненні їх, може бути притягнена до кримінальної відпо­відальності у вигляді штрафу до 200 мінімальних розмірів заробітної плати з позбавленням права займати певні посади або займатися торговельною діяльністю на строк до трьох років (ст. 1483 КК У країни).

Державна реєстрація суб'єктів торговельної діяльності здійснюється відповідно до ст. 8 Закону України "Про під­приємництво" та Положення про державну реєстрацію суб'єктів підприємницької діяльності, затвердженого постано­вою Кабінету Міністрів України від 25 травня 1998р. № 740.

Державна реєстрація суб'єктів торговельної діяльності проводиться у виконавчому комітеті міської, районної в місті ради або у районній, районній міст Києва і Севастополя дер­жавній адміністрації за їх місцезнаходженням (місцем проживання)1.

Для державної реєстрації суб'єкта підприємницької діяль­ності — юридичної особи власник (власники) або уповнова­жена ним (ними) особа (заявник) особисто подають до органу державної реєстрації:

а) установчі документи:

рішення власника майна або уповноваженого ним органу про створення суб'єкта підприємницької діяльності. Якщо власників або уповноважених ними органів два І більше, таким рішенням є установчий договір, протокол установчих зюорів;

статут (якщо відповідно до законодавства це необхідно для створюваної організаційної форми суб'єкта підприємництва);

б) реєстраційну картку, яка є водночас заявою про дер­жавну реєстрацію; *.*

в) документ, що засвідчує внесення плати за державну реєстрацію суб'єктів підприємницької діяльності;

г) документ, що засвідчує сплату власником (власниками)

' Місцезнаходженням суб'єкта підприємницької діяльності — юридичної особи вважається місцезнаходження (розміщення) його постійно діючого керівного органу (правління, дирекції тощо). Місцем проживання підприємця-громадянина е зареєстроване у встановленому порядку постійне або тимчасове місце його проживання.

***Купівля-продаж у роздрібній торгівлі 193***

внеску до статутного фонду суб'єкта підприємницької діяль­ності у розмірі, передбаченому законодавчими актами;

д) рішення Антимонопольного комітету про згоду на ство­рення, реорганізацію (злиття, приєднання) .суб'єктів під­приємницької діяльності, якщо законодавчими актами України передбачена необхідність такої згоди.

У разі реєстрації приватного підприємства рішення влас­ника не подається.

Якщо власником (одним із власників) суб'єкта підприєм­ницької діяльності є юридична особа, додатково подається нотаріально засвідчена копія свідоцтва про державну реєстрацію цієї юридичної особи.

Якщо власником (власниками) суб'єкта підприємницької діяльності є фізична особа (фізичні особи), її (їх) підпис на ус­тановчих документах потребує нотаріального засвідчення.

Установчі документи не повинні містити положень, що су­перечать законодавству. Відповідальність за відповідність за­конодавству установчих документів несе власник (власники) або уповноважені ним (ними) органи, які подають документи для реєстрації.

Громадянин, який має намір проводити підприємницьку діяльність **без** створення юридичної особи (заявник), подає до органу державної реєстрації реєстраційну картку за встанов­леним зразком, яка водночас є заявою про державну реєстрацію суб'єкта підприємницької діяльності, і документ, що підтверджує внесення плати **за** державну реєстрацію, а також пред'являє документ, що посвідчує його особу.

За державну реєстрацію вноситься плата, розмір якої встановлений Постановою Кабінету Міністрів України "Про порядок державної реєстрації суб'єктів підприємницької діяльності" від 25 травня 1998 р. № 740 і залежить від суб'єкта підприємництва, обраної організаційної форми та сфери під­приємницької діяльності.

Орган державної реєстрації не має права вимагати від заявника подання інших документів, не передбачених зако­нодавством або оформлених за іншими вимогами, ніж це визначено у Положенні про державну реєстрацію.

За наявності всіх документів, передбачених Положенням про державну реєстрацію, орган державної реєстрації протя­гом п'яти робочих днів з дати надходження цих документів зобов'язаний провести державну реєстрацію суб'єкта під-

7 О. Дзера

***194 Глава 8***

приємницької діяльності і видати заявникові свідоцтво про державну реєстрацію та один примірник установчих докумен­тів з відповідною відміткою органу державної реєстрації (для юридичної особи).

Свідоцтво про державну реєстрацію є підставою для від­криття розрахункового, валютного та інших рахунків в уста­новах банків1, виготовлення печаток і штампів.

Безпосередньо торговельну діяльність можуть здійснювати не лише суб'єкти підприємництва— юридичні особи, а й ство­рені ними філії, представництва, відділення та інші відокрем­лені підрозділи. За загальним правилом, вони не потребують державної реєстрації.

Виняток становлять представництва іноземних суб'єктів господарської діяльності, які мають бути зареєстровані у порядку, встановленому Інструкцією про порядок реєстрації представництв іноземних суб'єктів господарської діяльності в Україні, затвердженою наказом МЗЕЗторгу України від 18 січня 1996р.

Суб'єкти підприємницької діяльності підлягають внесенню:

• юридичні особи та їх філії, представництва, відділення та Інші відокремлені підрозділи — до Єдиного державного реєстру підприємств та організацій, що його ведуть органи державної статистики. Порядок внесення визначається По­ложенням про Єдиний державний реєстр підприємств та організацій України, затвердженим постановою Кабінету Міністрів України від 22 січня 1996 р. Nв 118.

Орган державної статистики після внесення суб'єкта підприємницької діяльності до реєстру проставляє у свідоцтві про державну реєстрацію ідентифікаційний код і дату вклю­чення до реєстру,

• фізичні особи — до державного реєстру фізичних осіб — платників податків та інших обов'язкових платежів, що його ведуть податкові адміністрації. Порядок внесення визна­чається Законом України "Про державний- реєстр фізичних осіб—платників податків та інших обов'язкових платежів" від 22 грудня 1994р.

' Порядок відкриття рахунків визначено Інструкцією № 3 "Про від­криття банками рисунків в національній та іноземній валюті\* в редакції, затвердженій постановою Правління Національного банку України від 27 травня 1996 р.№ 121

Купівля-продаж у роздрібній торгівлі 195

І

Суб'єкти торговельної діяльності з різних причин можуть з часом змінювати своє місцезнаходження (місце проживан­ня). У таких випадках суб'єкт підприємництва у 7-денний тер­мін з дня виникнення такої зміни зобов'язаний:

• подати документ, що засвідчує нове місцезнаходження суб'єкта підприємницької діяльності (договір купівлі-продажу, оренди тощо);

• внести відповідні зміни до своєї реєстраційної картки;

• подати свідоцтво про державну реєстрацію для внесення відповідних змін.

Невиконання цієї умови у зазначений термін є підставою для звернення органу державної реєстрації до суду чм арбітражного суду а позовом про скасування державної реєстрації.

Якщо зміна місцезнаходження (місця проживання) суб'єк­та підприємницької діяльності пов'язана із зміною адміністра­тивного району (міста), орган державної реєстрації, на обліку якого перебував суб'єкт підприємництва, у 10-денний термін надсилає реєстраційну картку та реєстраційну справу орга­нові державної реєстрації за новим місцезнаходженням (місцем проживання) цього суб'єкта.

Разом з тим суб'єкт підприємницької діяльності зобов'яза­ний у 30-денний термін з дня зміни місцезнаходження (місця проживання) звернутися до органу державної реєстрації за новим місцезнаходженням (місцем проживання), щоб стати на облік і подати свідоцтво для внесення до нього відповідних змін.

У разі втрати (знищення тощо) свідоцтва про державну реєстрацію власнику (власникам) або уповноваженій ним особі видається дублікат свідоцтва про державну реєстрацію суб'єкта підприємницької діяльності, для чого до органу дер­жавної реєстрації подають опубліковане в офіційній пресі ого­лошення про визнання недійсним втраченого свідоцтва про державну реєстрацію та документ, що засвідчує сплату збору за видачу дубліката свідоцтва про державну реєстрацію (за видачу дубліката сплачується 40 відсотків реєстраційного збору, а за державну реєстрацію змін до установчих документів — ЗО відсотків реєстраційного збору).

Скасування державної реєстрації суб'єкта підприємни­цької діяльності здійснюється з підстав, передбачених Поло­женням про державну реєстрацію (наприклад, за особистою

7\*

196 Глава 8

заявою власника або уповноваженого ним органу, а також на підставі рішення суду чи арбітражного суду у разі визнання недійсними установчих документів, провадження діяльності, яка суперечить установчим документам чи законодавству).

Скасування державної реєстрації є підставою для прове­дення заходів щодо ліквідації суб'єкта підприємницької діяль­ності як юридичної особи.

Статусу юридичної особи суб'єкт підприємницької діяль­ності позбавляється після здійснення всіх заходів щодо ліквідації.

**Ліцензування торговельної** діяльності. Торгівля окреми­ми видами товарів відповідно до законів України "Про під­приємництво", "Про забезпечення санітарного та епідемічно­го благополуччя населення"1 та інших законодавчих актів тривалий час здійснювалася на підставі спеціальних дозволів (ліцензій).

Відповідно до ст. 164 Кодексу України про адміністративні правопорушення заняття підприємницькою діяльністю без спеціального дозволу (ліцензії) тягне за собою накладення штрафу від трьох до восьми неоподатковуваних мінімумів доходів громадян з конфіскацією виготовленої продукції, засобів виробництва і сировини чи без такої.

В разі, якщо ці дії вчинено протягом року після накладення адміністративного штрафу за такі самі порушення, винна особа може бути притягнена до кримінальної відповідальності у вигляді штрафу до 200 мінімальних розмірів заробітної плати з позбавленням права займати певні посади або займатися певною діяльністю на строк до трьох років (ст. 1483 КК України).

Порядок видачі ліцензій на заняття торговельною діяль­ністю, перелік документів, необхідних для одержання ліцензії, були встановлені Положенням про порядок видачі суб'єктам підприємницької діяльності спеціальних дозволів (ліцензій) на здійснення окремих видів діяльності, затвердженим постано­вою Кабінету Міністрів України від 17 травня 1994р. № 316, та нормативними актами, прийнятими відповідно до цього Положення. Так, згідно з підпунктом 19 п. 1 зазначеного По­ложення (у редакції постанови Кабінету Міністрів України від

\* Відомості Верховної Ради України. — 1994. — № 27. — Ст. 218.

***197***

Купівля-продаж у роздрібній торгівлі

19 серпня 1996р. № 975) ліцензії на право здійснення торго­вельної діяльності видавалися:

• у сфері роздрібної торгівлі та громадського харчування щодо реалізації продовольчих і непродовольчих товарів (крім алкогольних напоїв та тютюнових виробів) — відділами з питань торгівлі та побутового обслуговування населення ра­йонних, районних у містах Києві та Севастополі державних адміністрацій, виконавчими органами міських рад за місцем діяльності підприємця;

• у сфері оптової торгівлі продовольчими (крім спирту етилового, коньячного і плодового) і непродовольчими това­рами — Міністерством торгівлі, зовнішньоекономічних зв'яз­ків і захисту прав споживачів Автономної Республіки Крим, управліннями з питань торгівлі та побутового обслуговування населення обласних, управліннями з питань торгівлі Київ­ської та Севастопольської міських державних адміністрацій.

Порядок видачі зазначених ліцензій визначений Інструк­цією про порядок видачі ліцензій на здійснення торговельної діяльності у сфері оптової, роздрібної торгівлі та громадського харчування щодо реалізації продовольчих та непродовольчих товарів, затвердженою наказом Ліцензійної палати при Мінекономіки України та МЗЕЗторгу України від 8 жовтня 1996р.№ЛП-34/652.

Відповідно до цієї Інструкції ліцензія видавалася на три роки окремо на кожний вид торговельної діяльності: оптову торгівлю продовольчими товарами; оптову торгівлю непродо­вольчими товарами; роздрібну торгівлю продовольчими това­рами; роздрібну торгівлю непродовольчими товарами; торго­вельну діяльність у сфері громадського харчування щодо реалізації продовольчих товарів.

Щоб одержати ліцензію на здійснення торговельної діяль­ності, суб'єкт підприємництва мав подати до органу, уповно­важеному видавати ліцензії, такі документи:

а) заяву на одержання ліцензії із зазначенням:

для юридичної особи — найменування, організаційно-пра­вової форми, місцезнаходження та даних про розрахункові рахунки у відповідних банках;

для громадянина-підприємця — прізвища, імені, по бать­кові, паспортних даних (серія, номер, коли і ким виданий, місце проживання);

виду торговельної діяльності, на яку видається ліцензія;

***198 Глава 8***

переліку територіальне відокремлених об'єктів, на яких здійснюватиметься заявлена діяльність;

б) для юридичної особи — копії установчих документів, засвідчених нотаріусом, а також копію свідоцтва про держав­ну реєстрацію;

для громадянина-підприємця — копію документа, що під­тверджує статус підприємця;

в) для підприємця-громадянина — копію документа, що засвідчує рівень освіти і кваліфікації, необхідний для здій­снення торговельної діяльності;

г) копію правовстановлюючого документа (договір оренди, документ про право власності тощо) про наявність відповід­них торговельних приміщень для роздрібної торгівлі, склад­ських приміщень для оптової торгівлі (крім транзитних опера­цій) із зазначенням адреси, їхньої площі, підписану керівни­ком і головним бухгалтером юридичної особи орендодавця та скріплену його печаткою;

д) копію документа, засвідченого підписом керівника і скріпленого печаткою податкової адміністрації за місцем реєстрації юридичної особи чи громадянина-підприємця, про реєстрацію електронних контрольно-касових апаратів, які внесені до державного реєстру (для роздрібної торгівлі);

е) довідку державної податкової адміністрації про те, що заявник став на облік як платник податків.

Вимагати від заявника подання документів, не передба­чених Інструкцією, забороняється.

Рішення про видачу або відмову у видачі ліцензії приймає­ться у 15-денний термін від дня отримання і реєстрації заяви та всіх необхідних документів.

Письмове рішення про відмову у видачі ліцензії надсилає­ться суб'єктові підприємницької діяльності з обгрунтуванням причин відмови. Таке рішення може бути оскаржене до суду (громадянином-підприємцем) чи до арбітражного суду (юри­дичною особою) у порядку, встановленому відповідно Цивіль­ним процесуальним кодексом України чи Арбітражним про­цесуальним кодексом України.

Слід мати на увазі, що дія ліцензії на роздрібну торгівлю продовольчими і непродовольчими товарами, а також на тор­говельну діяльність у сфері громадського харчування щодо реалізації продовольчих товарів поширюється тільки на територію, підвідомчу органові, який видав ліцензію

199

Купівля-продаж у роздрібній торгівлі

Якщо вид діяльності, що ліцензується, здійснюється на кількох територіальне відокремлених об'єктах, у тому числі розташованих на залізничному, авіаційному, морському і річковому транспорті, суб'єкту підприємницької діяльності разом з ліцензією видаються копії на кожний об'єкт із зазна­ченням його місцезнаходження. Копії ліцензій видаються безплатно.

За видачу ліцензій на здійснення торговельної діяльності у сфері оптової, роздрібної торгівлі та громадського харчуван­ня щодо реалізації продовольчих і непродовольчих товарів відповідно встановлюється така плата:

• з громадян-підприємців — у розмірі двох неоподаткову­ваних мінімумів доходів громадян;

• з юридичних осіб — у розмірі 12 неоподатковуваних міні­мумів доходів громадян.

Оформлену ліцензію видають особисто заявникові при пред'явленні ним документа, що засвідчує особу, або уповно­важеному на те представникові заявника при пред'явленні нотаріально засвідченого доручення на право отримання ліцензії.

Видану ліцензію суб'єкт торговельної діяльності подає до державної податкової адміністрації за місцем торгівлі для реєстрації, про що робиться відмітка на зворотному боці ліцензії, яка засвідчується печаткою.

Ліцензії не можна передати або продати іншим суб'єктам підприємницької діяльності. Після припинення суб'єктом гос­подарювання підприємницької діяльності видана ліцензія та її копії втрачають силу.

У разі порушення суб'єктом підприємницької діяльності умов і правил проведення відповідного виду торговельної діяльності Ліцензійна палата при Мінекономіки, МЗЕЗторг або орган, що видав ліцензію, може дати розпорядження про усунення порушень чи зупинити дію ліцензії на визначений термін або до усунення цих порушень.

У разі повторного або грубого порушення правил прове­дення торговельної діяльності, на яку видано ліцензію, ця ліцензія може бути анульована за рішенням Ліцензійної палати при Мінекономіки, МЗЕЗторгу або органу, що її видав.

Орган, уповноважений на ведення ліцензійної діяльності, у 3-денний строк після прийняття рішення про призупинення дії ліцензії або про її анулювання інформує про це у письмовій

**200 *Глава 8***

формі власника ліцензії та державну податкову адміністрацію за місцем торгівлі суб'єкта підприємницької діяльності.

Рішення про накладення на суб'єкта підприємницької діяльності стягнення може бути оскаржене в порядку, визна­ченому чинним законодавством.

Слід зазначити, що відповідно до ст. 8 Закону України "Про підприємництво" (в редакції від 12 лютого 1998 р.) нині без ліцензії не можуть здійснюватися, зокрема, реалізація алко­гольних напоїв, спирту етилового, коньячного та плодового, а також тютюнових виробів. Торговельна діяльність, як вид підприємницької діяльності, підлягає патентуванню.

**Патентування торговельної діяльності.** Законом України "Про патентування деяких видів підприємницької діяльності" від 23 березня 1996 р.1 на території України запроваджено патентування діяльності у сфері роздрібної торгівлі, торгівлі іноземною валютою (включаючи операції з готівковими платіжними засобами, вираженими в іноземній валюті, та з кредитними картками), а також діяльності з надання послуг у сфері грального бізнесу.

Дія цього закону не поширюється, зокрема, на роздрібну торговельну діяльність:

1) підприємств і організацій системи Укоопспілки та торго­во-виробничих підприємств робітничого постачання;

2) суб'єктів підприємницької діяльності — фізичних осіб, які:

• сплачують ринковий збір (плату) за місце для торгівлі продукцією у межах ринків, створених за рішенням органів місцевого самоврядування; •

• сплачують податок на промисел у порядку, передбачено­му чинним законодавством.

Відповідно до ст. 1 Декрету Кабінету Міністрів України "Про податок на промисел" від 17 березня 1993 р. М" 24-932 плат­никами податку на промисел є громадяни України, іноземні громадяни та особи без громадянства як ті, що мають, так і ті, що не мають постійного місця проживання в Україні, якщо вони не зареєстровані як суб'єкти підприємництва і здійсню­ють несистематичний, не більше як 4 рази протягом кален-

' Голос України. — 1996. — ЗО квітня. 2 Відомості Верховної Ради України. — 1993. — № 19. — Ст. 208;

1995. — № 16. — Ст. 111; 1995. — № ЗО. — Ст. 229; Голос України. —

1996. — 3 жовтня.

Купівля-продаж у роздрібній торгівлі 201

парного року, продаж виробленої, переробленої та купленої продукції, речей і товарів.

У разі, коли продаж товарів здійснюється протягом кален­дарного року більше як 4 рази, така діяльність вважається систематичною і зобов'язує громадян зареєструватися як суб'єктів підприємництва відповідно до чинного законо­давства.

Податок на промисел сплачується у вигляді придбання одноразового патенту на торгівлю, вартість якого визначає­ться на підставі вказаної платником сумарної вартості товарів і ставки податку. Ставка податку на промисел встановлює­ться в розмірі 10 відсотків зазначеної в декларації вартості товарів, що підлягають продажу протягом трьох календарних днів, але не менше розміру однієї мінімальної заробітної плати. У разі збільшення терміну продажу товарів до семи ка­лендарних днів ставка податку подвоюється.

Мінімальний термін дії одноразового патенту—три, макси­мальний — сім календарних днів.

На громадян, які здійснюють продаж товарів без придбан­ня одноразових патентів або з порушенням терміну їх дії чи продають товари, не зазначені у деклараціях, начальники державних податкових адміністрацій та їх заступники накла­дають адміністративні штрафи у розмірі від одного до 10 не­оподатковуваних мінімумів доходів громадян, а за ті самі дії, вчинені повторно протягом року після накладення адміністра­тивного стягнення, — від 10 до 20 неоподатковуваних міні­мумів доходів громадян;

• здійснюють продаж вирощених в особистому підсобному господарстві, на присадибній, дачній, садовій і городній ділянках продукції рослинництва, худоби, кролів, нутрій, птиці (як у живому вигляді, так і продукції їх забою в сирому вигляді та у вигляді первинної переробки), продукції власного бджіль­ництва;

• сплачують державне мито за посвідчення договорів відчуження власного майна в разі, якщо відчуження кожної окремої категорії товарів відбувається не частіше як один раз на календарний рік. Ставки державного мита за посвідчення договорів відчуження жилих будинків, квартир, дач, садових будинків, гаражів та іншого нерухомого майна, земельних ділянок, транспортних засобів, Інших самохідних машин і

202 Глава 8

механізмів встановлені Декретом Кабінету Міністрів України "Про державне мито" від 21 січня 1993р. № 7-931;

3) суб'єктів підприємницької діяльності, створених громад­ськими організаціями інвалідів, які мають податкові пільги згідно з чинним законодавством та здійснюють торгівлю виключно продовольчими товарами вітчизняного вироб­ництва.

Не потребує патентування діяльність суб'єкта підприєм­ництва з реалізації продукції власного виробництва фізичним особам, які перебувають у трудових відносинах з таким суб'єктом підприємницької діяльності, через пункти роздріб­ної торгівлі, вбудовані у виробничі приміщення або приміщен­ня в адміністративних будинках такого суб'єкта.

Торговий патент — це державне свідоцтво, яке засвідчує право суб'єкта підприємницької діяльності чи його структур­ного (відокремленого) підрозділу займатися роздрібною та оптовою торгівлею, обміном готівкових валютних цінностей наданням послуг у сфері грального бізнесу.

Порядок придбання торгового патенту на здійснення роз­дрібної торгівлі загалом визначається нормами Закону України "Про патентування деяких видів підприємницької діяльності", а докладніше — Положенням про порядок реалі­зації, обліку торгових патентів і контролю за їх використан­ням, затвердженим постановою Кабінету Міністрів України від 28 травня 1996 р. М8 563.

Торговий патент придбавається:

*по-перше,* на здійснення операцій з роздрібної торгівлі — для кожного пункту роздрібного продажу товарів (магазину, кіоску, палатки, автомагазину, лотка тощо).

Роздрібна торгівля — це торгівля товарами та виконання при цьому супутніх робіт (послуг) за готівку, а також за інш' готівкові платіжні засоби, включаючи кредитні картки.

Пунктами роздрібного продажу товарів відповідно до вище­згаданого закону є:

• магазини, які займають окремі приміщення або будівлі Тс' мають торговельний зал для покупців;

• кіоски, палатки та інші малі архітектурні форми, які зай

відомості Верховної Ради України. — 1993. — № 13. — Ст. 113.

***Купівля-продаж у роздрібній торгівлі 203***

мають окремі приміщення, але не мають вбудованого торго­вельного залу для покупців;

• автомагазини, розвозки та інші види пересувної торго­вельної мережі;

• лотки, прилавки та інші види торгових точок у відведених для роздрібної торгівлі місцях, крім тих, що надаються в орен­ду суб'єктам підприємницької діяльності — фізичним особам та які перебувають на території ринків;

• стаціонарні, малогабаритні та пересувні автозаправні станції, заправні пункти, які здійснюють роздрібну торгівлю нафтопродуктами;

*по-друге,* на здійснення операцій з торгівлі готівковими ва­лютними цінностями — для кожного пункту обміну іноземної валюти, за винятком операцій з торгівлі готівковими валют­ними цінностями, що їх здійснюють банківські установи у власних операційних залах.

Вартість торгового патенту на здійснення торговельної діяльності встановлюється органами місцевого самовряду­вання залежно від місцезнаходження пункту продажу товарів та асортиментного переліку товарів. Вартість патенту за ка­лендарний місяць встановлюється в межах таких граничних рівнів:

• на території м. Києва, обласних центрів — від 60 до 320 грн.;

• на території м. Севастополя, міст обласного підпоряд­кування (крім обласних центрів) і районних центрів — від ЗО до 130 грн.;

• на території інших населенних пунктів — до 80 грн. Закон України "Про патентування деяких видів підприєм­ницької діяльності" дозволяє в окремих випадках безплатно видавати торговий патент, в якому обов'язково наводиться повний перелік товарів, передбачених для реалізації. Зокре­ма, торговий патент видається безплатно суб'єктам під­приємництва, які здійснюють операції з роздрібної торгівлі виключно з використанням таких видів товарів національного виробництва: хліб і хлібобулочні вироби; борошно пшеничне та житнє; сіль, цукор, олія соняшникова і кукурудзяна; молоко та молочна продукція; продукти дитячого харчування; безал­когольні напої; яловичина та свинина, домашня птиця; риба;

ягоди та фрукти; картопля та плодоовочева продукція тощо

**204**

Глава 8

Підставою для придбання торгового патенту на право здійснення відповідного виду підприємницької діяльності є за­явка суб'єкта підприємницької діяльності за встановленою формою, яку він подає до державної податкової адміністрації, що контролює сплату податку та прибуток суб'єкта підприєм­ницької діяльності — юридичної особи (або структурного під­розділу цього суб'єкта).

Торговий патент видається суб'єктам підприємницької діяльності у триденний термін. Датою його придбання є дата, зазначена у торговому патенті.

Термін дії торгового патенту на здійснення торговельної діяльності становить 12 календарних місяців, а операцій з торгівлі готівковими валютними цінностями — 36 календар­них місяців.

Законодавством встановлено певний порядок використан­ня торгового патенту. Так, торговий патент має бути роз­міщений:

• на фронтальній вітрині магазину, а якщо такої немає — біля касового апарата;

• на фронтальній вітрині кіоску, палатки та іншої малої архі­тектурної форми;

• на табличці—для автомагазинів, розвозок та інших видів пересувної торговельної мережі, а також для лотків, прилав­ків та інших видів торгових точок, відкритих у відведених для торговельної діяльності місцях;

• у пунктах обміну іноземної валюти.

Торговий патент має бути відкритим і доступним для огляду.

За порушення вищевикладеного порядку використання торгового патенту суб'єкти підприємницької діяльності спла­чують штраф у розмірі вартості торгового патенту за один ка­лендарний місяць.

За здійснення роздрібної, оптової торгівлі чи торгівлі готів­ковими валютними цінностями без одержання відповідних торгових патентів або за передачу торгового патенту іншому суб'єктові підприємницької діяльності чи іншому структурно­му (відокремленому) підрозділові суб'єкти підприємницької діяльності сплачують штраф у подвійному розмірі вартості торгового патенту за повний термін його дії.

Купівля-продаж у роздрібній торгівлі 205

До дня сплати зазначених штрафів та до придбання торго­вого патенту або оформлення безплатного торгового патенту діяльність відповідних суб'єктів підприємництва зупиняється. Штрафи підлягають сплаті порушником у п'ятиденний термін з дня вручення державною податковою адміністрацією по­станови про накладення штрафу.

Правила торговельного обслуговування населення. Суб'єкти підприємницької діяльності повинні знати та викону­вати вимоги Закону України "Про захист прав споживачів", Порядку заняття торговельною діяльністю і правил торговель­ного обслуговування населення, затвердженого постановою Кабінету Міністрів України від 8 лютого 1995 р. № 108, Правил продажу продовольчих товарів, Правил комісійної торгівлі не­продовольчими товарами, Правил роботи підприємств гро­мадського харчування, затверджених наказами МЗЕЗторгу від 28 грудня 1994 р. № 237, від 13 березня 1995 р. № 37, від З липня 1995 р. № 129, Правил продажу товарів тривалого ко­ристування у кредит, Правил торгівлі на ринках, Правил про­дажу непродовольчих товарів. Правил роботи дрібно­роздрібної торговельної мережі, затверджених наказами МЗЕЗторгу від 18 грудня 1995 р. М5' 169, від 12 березня 1996 р. № 157, від 27 травня 1996 р. № 294, від 8 липня 1996 р. № 369, а також інших нормативних документів, що регламентують торговельну діяльність.

Господарюючий суб'єкт самостійно вирішує питання за­безпечення торговельних приміщень торговельно-техноло­гічним обладнанням (холодильним, піднімально-транспорт­ним, ваговимірювальним, касовим тощо) відповідно до існую­чих нормативів.

На фасаді торговельного приміщення господарюючого суб'єкта має бути вивіска із зазначенням назви господарю­ючого суб'єкта та власника або уповноваженого ним органу. Біля входу до цього приміщенння на видному місці розміщує­ться інформація про режим роботи.

У разі здійсненя виїзної (виносної) торгівлі, а також прода­жу товарів з використанням інших нестаціонарних засобів на робочому місці продавця встановлюється табличка із зазна­ченням назви, місця розташування і номера телефону госпо­дарюючого суб'єкта, що організував торгівлю, а також прізвища, імені та по батькові продавця. На робочому місці

***206 Глава 8***

громадянина-підприємця встановлюється табличка із зазна­ченням його адреси, номера свідоцтва про державну реєстрацію господарюючого суб'єкта та назви органу, що здійснив цю реєстрацію.

Режим роботи господарюючого суб'єкта встановлюється за погодженням з виконкомами місцевих рад народних депутатів.

У разі планового закриття торговельного приміщення (для проведення санітарних заходів, ремонту, технічного переоб­ладнання тощо) господарюючий суб'єкт повинен не пізніше як за 5 днів повідомити про це громадян, вмістивши поряд з інформацією про режим роботи оголошення про дату та період закриття.

Певні вимоги встановлені законодавством і щодо здій­снення торговельно-виробничої діяльності підприємств гро­мадського харчування. Таку діяльність зазначені підприєм­ства проводять відповідно до меню або переліку продукції, за­твердженого відповідно до типу, націночної категорії даного підприємства власником або керівником підприємства. Під­приємство зобов'язане забезпечити наявність страв, виро­бів, перелічених у меню, асортиментному переліку, протягом усього робочого дня або періоду, визначеного для їх реалізації (сніданок, обід, вечеря).

Виробляючи продукцію, підприємство громадського харчу­вання повинно додержуватися вимог, передбачених нор­мативними документами. Разом з тим воно має право роз­робляти 1 виробляти у встановленому порядку нові, фірмові страви та продукцію.

У разі відпуску неякісної або виготовленої з порушенням технології страви (виробу) підприємство зобов'язане замінити її або сплатити споживачеві її вартість.

Законодавством заборонено встановлювати мінімум вар­тості замовлення і пропонувати споживачеві обов'язковий асортимент продукції.

Підприємства громадського харчування зобов'язані за­безпечувати зберігання речей відвідувачів у гардеробі. За пропажу речей з гардероба підприємство несе відповідаль­ність згідно з чинним цивільним законодавством.

***207***

Купівля-продаж у роздрібній торгівлі

**§ 2. Договір купівлі-продажу в роздрібній торгівлі**

Товарообіг у роздрібній торгівлі забезпе­чується за допомогою договору роздрібної купівлі-продажу, укладення якого відбувається на підставі загальних правил про купівлю-продаж та спеціальних правил про захист прав споживачів, застосування яких має значні особливості.

Відповідно до Закону України "Про захист прав спожива­чів" продавцем виступають підприємство, установа, організа­ція або громадянин-підприємець, які реалізують товари за до­говором купівлі-продажу, а покупцем (споживачем)—грома­дянин, який придбаває ці товари. Можна припустити, що під продавцями Закон має на увазі ті підприємства та громадян-підприємців, для яких продаж товарів є їх професійною діяль­ністю, тобто торговельною діяльністю (торговельним обслуго­вуванням). Певною мірою це підтверджується затвердженим постановою Кабінету Міністрів України від 9 лютого 1995 р. Порядком заняття торговельною діяльністю і правилами тор­говельного обслуговування населення (далі — Порядок за­няття торговельною діяльністю)1, у п. 1 якого записано, що даний Порядок визначає загальні умови заняття торговель­ною діяльністю, основні вимоги до торговельної (торговель­но-виробничої) мережі і торговельного обслуговування гро­мадян, які набувають товари для власних побутових потреб, підприємств (їх об'єднань), установ, організацій незалежно від форм власності, громадян-підприємців та іноземних юридичних осіб, які здійснюють підприємницьку діяльність на території України у сфері торгівлі.

Відповідно до п. 5 Порядку заняття торговельною діяльніс­тю торговельна діяльність може здійснюватися у сферах роз­дрібної та оптової торгівлі, а також у торговельно-виробничій (громадське харчування) сфері. Тим самим передбачаються три різновиди торговельної діяльності (торгівлі). У зв'язку з цим можна зробити висновок, цю не є торговельною діяль­ністю купівля-продаж товарів між господарюючими суб'єкта-

1 Див.: Хавронюк Н.И., Мельник Н.И. Законодательство Украины о торговле. — Ч. 2. — К., 1997. — С. 338—353.

Глава в

ми, які не є підприємствами роздрібної чи оптової торгівлі, оскільки для них вона не становить головну статутну діяль­ність, а відтак захист прав покупця (юридичної особи) має здійснюватися за загальними правилами цивільного права.

Зміст поняття торгівлі досить широкий, адже її можна розуміти і як систему (мережу) всіх торговельних підприємств (у тому числі роздрібних) та їх інфраструктуру, і як процес товарообігу.

Законодавство чітко не визначило 1 поняття "роздрібна торгівля", "роздрібне торговельне підприємство", "договір роздрібної купівлі-продажу". У Законі України "Про захист прав споживачів" ці терміни взагалі не застосовуються (у ньому вживаються поняття "торговельне підприємство", "тор­говельне обслуговування"). В інших законодавчих актах вжи­ваються поняття "роздрібна торгівля", "роздрібний продаж" (наприклад, у Порядку заняття торговельною діяльністю і пра­вилах торговельного обслуговування населення, у Правилах роздрібної торгівлі алкогольними напоями від ЗО липня 1996 р.) або "роздрібні торговельні підприємства" (ЦК України), зміст яких не розкривається. Це вносить певну не­визначеність у правове регулювання торговельних відносин, ускладнює застосування чинного законодавства, адже визнання, наприклад, підприємства торговельним тягне за собою дещо інші правові наслідки у разі придбання у нього товарів громадянином, ніж визнання його неторговельним.

Певна відповідь на поставлене питання міститься в Законі України "Про патентування деяких видів підприємницької діяльності"1, у ст. З якого зазначається, що під роздрібною торгівлею спід розуміти торгівлю товарами та виконання при цьому супутніх робіт (послуг) за готівку, а також за інші готівкові платіжні засоби, включаючи кредитні картки. Однак, таке розуміння роздрібної торгівлі в цьому законі є неповним і навіть помилковим, адже у будь-якому разі не може розгля­датися як роздрібна торгівля купівля-продаж між фізичними особами (не підприємцями), промислової партії товарів між двома суб'єктами підприємництва.

' Відомості Верховної Ради України. *Н"* 44. — Ст. 214.

1996. — № 20. — Ст. 82;

Купівля-продаж у роздрібній торгівлі 209

На наш погляд, під роздрібною торгівлею слід розуміти торгівлю товарами, яку здійснюють професійні продавці — торговельні підприємства (громадяни-підприємці) для задо­волення, як правило, побутових потреб громадян переважно за готівку через спеціально створені пункти продажу (універмаги, універсами, магазини, кіоски, автомагазини, палатки тощо). Це, однак, не виключає можливості придбання в таких пунктах роздрібної торгівлі товарів юридичними осо­бами для задоволення своїх виробничих потреб. Але на такі відносини мають поширюватися загальні норми цивільного законодавства. Законодавство про захист прав споживачів поширюється лише на відносини у сфері роздрібної торгівлі та торговельно-виробничої діяльності (громадське харчування). Однак, у всіх видах торгівлі товарообіг забезпечується в основному за допомогою договору купівлі-продажу, який може мати певні особливості залежно від форми торгівлі (торгівля на ринках, торгівля в кредит, комісійна торгівля, торгівля на замовлення та ін.) та видів товарів (торгівля про­довольчими і непродовольчими товарами, алкогольними на­поями, зброєю, транспортними засобами та ін.).

На особливу увагу заслуговують угоди, що укладаються громадянами в системі громадського харчування, їдальнях, кафе, ресторанах. Тут постає проблема встановлення право­вої природи цих угод, тобто чи можна їх визнати договорами купівлі-продажу, чи можливо тут мають місце інші договори, наприклад підряду чи надання Інших послуг. У юридичній літературі цю проблему майже не досліджено. Деякі автори лише побіжно поряд з договорами купівлі-продажу аналізува­ли правовідносини у сфері громадського харчування, не на­важуючись прямо віднести договори, що там укладалися, до купівлі-продажу. При цьому розмежовувалися права та обов'язки громадянина, який вступив у договірні відносини з роздрібним торговельним підприємством і підприємством громадського харчування1.

Сучасне законодавство також не дає однозначної відповіді на поставлене питання. В Порядку заняття торговельною діяльністю діяльність підприємств громадського харчування

' Див.: *Кабалкин А.Ю.* Законодательство о сфере обслуживания насе-ления. — М., 1988. — С. 55—60.

210 Глава 8

віднесено до торговельно-виробничої діяльності, тобто до різновиду торговельної діяльності.

Водночас у деяких інших нормативних актах здійснюється розмежування підприємств торгівлі і громадського харчу­вання, що, зокрема вбачається з назви Закону України "Про застосування електронних контрольно-касових апаратів і то­варно-касових книг при розрахунках з споживачами в сфері торгівлі і громадського харчування та послуг" та наступного його змісту.

І все ж таки, на наш погляд, за певних умов окремі дого­вори громадян-споживачів з підприємствами громадського харчування (підприємствами, що надають такі послуги насе­ленню) можуть розглядатися також як договори купівлі-про­дажу, зокрема договори з придбання вже готових продуктів харчування, а тим більше з умовою їх використання поза ме­жами такого підприємства. У такому випадку громадянин, який придбав цей товар, вважатиметься споживачем-покуп­цем і захист його прав при виявленні недоліків у товарі має здійснюватися за ст. 14 Закону України "Про захист прав спо­живачів". Якщо ж громадянин замовляє у підприємства гро­мадського харчування приготувати страви і між замовленням і його виконанням є певний проміжок часу, то укладена угода може мати ознаки договору про надання підрядних послуг. Відповідно до цих відносин слід застосовувати ст. 15 Закону.

Крім того, можуть бути й такі угоди, які мають ознаки до­говору купівлі-продажу І договору про надання громадянам-замовникам додатково тих чи інших послуг (забезпечення місцем та столовими приналежностями для вживання їжі, музичним супроводом, концертними виступами тощо). Тому такі договори підприємств громадського харчування по обслуговуванню громадян-споживачів є комплексними, що не суперечить законодавству, адже відповідно до ст. 4 ЦК України цивільні права та обов'язки можуть виникати, зокре­ма, з угод, передбачених законом, а також з угод, хоч і не передбачених законом, але таких, що не суперечать йому.

Укладення договорів купівлі-продажу в роздрібній торго­вельній мережі **має** певні особливості порівняно із за­гальними правилами цивільного законодавства, які необхідно чітко визначити, оскільки від правильного укладення договору купівлі-продажу, визначення сторонами його змісту може за-

***211***

Купівля-продаж у роздрібній торгівлі

лежати можливість реалізації споживачами захисту своїх порушених прав.

У чинному ЦК України правовому регулюванню купівлі-продажу присвячена глава 20, в якій після виключення Зако­ном України від 16 грудня 1993 р. двох статей залишилося 17 статей, які мають переважно загальнорегулятивне значення (крім статей 2341,236 та 240). При цьому в цій главі не визна­чаються вимоги, яким мають відповідати продавець і поку­пець у договорі купівлі-продажу, форма його укладення (крім купівлі-продажу жилих будинків), підстави визнання догово­рів купівлі-продажу недійсними та деякі інші питання. У таких випадках щодо не врегульованих спеціальними нормами ЦК України відносин мають застосовуватися загальні правила про угоди, договори, а стосовно купівлі-продажу в роздрібній торгівлі — також спеціальні норми споживчого законодав­ства, зокрема щодо прав та обов'язків продавців і покупців, якості товарів, торговельного обслуговування.

Реалізація товарообігу в роздрібній торгівлі безперечно за­безпечується шляхом укладення відповідного договору купівлі-продажу, який є всі підстави визначити як *договір роздрібної купівлі-продажу,* тобто як один з багатьох різно­видів купівлі-продажу. В юридичній літературі поки що не було дано належного визначення поняття договору роздрібної купівлі-продажу. Автори переважно називали лише деякі його особливості, зокрема його обмежений суб'єктний склад, особливий порядок укладення (застосування публічної офер­ти, встановлення додаткових обов'язків для продавця та до­даткових гарантій для покупця тощо)1. Однак наведення окремих ознак договору роздрібної купівлі-продажу не дає цілісного уявлення про його зміст, що давало б підстави для виділення в окремий різновид договору купівлі-продажу.

Заслуговує на увагу спроба дати визначення договору роздрібної купівлі-продажу розробниками проекту нового ЦК України в редакції від 25 серпня 1996 р„ в ст. 728 якого за­значається, що "за договором роздрібної купівлі-продажу продавець, що здійснює підприємницьку діяльність з продажу товарів, зобов'язується передати покупцеві товари, що зви-

' Див.: Советское гражданское право. — К., 1978. — Т. 2. — С. 18—24;

Гражданское право. — М., 1994. — Т. 2. — С. 74—77,

***212 Глава а***

чайно призначаються для особистого, домашнього або іншого використання, не пов'язаного з підприємницькою діяльністю, а покупець зобов'язується прийняти товари і сплатити за них певну грошову суму". Майже аналогічне визначення сфор­мульовано в ст. 492 нового ЦК Російської Федерації. Однак у проекті ЦК України, на відміну від ЦК РФ, немає застережен­ня, що мається на увазі продаж товарів *вроздріб,* що є досить істотною ознакою договору роздрібної купівлі-продажу. У на­веденому визначенні під покупцем, на наш погляд, треба розуміти як покупця-громадянина, так і юридичну особу. Цей висновок підтверджується текстом п. З ст. 728 проекту ЦК України, в якому зазначається, що "до відносин за договором роздрібної купівлі-продажу з участю покупця — фізичної осо­би, що не врегульовані цим Кодексом, застосовуються закони про захист прав споживачів та інші правові акти, прийняті від­носно них". Отже, у проекті ЦК України не заперечується право юридичних осіб набувати за договором роздрібної купівлі-продажу товари для некомерційних потреб. Такий під­хід до вирішення цього питання необхідно підтримати. Інша справа, що на ці відносини не може поширюватися законо­давство про захист прав споживачів, з чим не можна не погодитись. Однак у будь-якому разі у визначенні має бути наголошено, що у такому договорі продавцем є такий суб'єкт підприємництва, який здійснює продаж товарів вроздріб. За цих умов є всі підстави вважати зазначені суб'єкти підприєм­ництва роздрібними торговельними підприємствами.

Як вже неодноразово зазначалося, учасниками торго­вельного обслуговування в роздрібній торгівлі з однієї сто­рони, як продавці, виступають суб'єкти підприємництва та громадяни-підприємці, а з другої — громадяни (покупці). Для продавців, однак, недостатньо бути суб'єктом підприєм­ництва. В необхідних випадках вони повинні одержати спе­ціальний дозвіл (ліцензію).

Відповідно до ст. 4 Закону України "Про підприємництво" без ліцензії, що її видає Кабінет Міністрів України або упов­новажений ним орган, не могла здійснюватися, зокрема, тор­говельна діяльність у сфері оптової торгівлі та громадського харчування щодо реалізації продовольчих і непродовольчих товарів, алкогольних напоїв, тютюнових виробів. 23 грудня 1997 р. до Закону України "Про підприємництво" були внесені

***213***

Купівля-продаж у роздрібній торгівлі

зміни про скорочення видів ліцензованої діяльності, у тому числі й у сфері торгівлі.

Відповідно до Закону України "Про патентування деяких видів підприємницької діяльності" від 23 березня 1996 р. (зі змінами від 12 липня 1996 р. та від 10 лютого 1998 р.) для окремих видів торгівлі необхідно одержати торговий патент— державне свідоцтво, яке засвідчує право суб'єкта підприємницької діяльності чи його структурного (відокремленого) підрозділу займатися зазначеними в цьому законі видами підприємницької діяльності.

Торговий патент необхідний на діяльність з роздрібної торгівлі на території України, діяльність з обміну готівкових валютних цінностей, а також діяльність з надання послуг у сфері грального бізнесу.

Патентуванню підлягають операції з роздрібної торгівлі лише у тих випадках, коли вони здійснюються суб'єктами під­приємництва або їх структурними (відокремленими) підроз­ділами у пунктах роздрібного продажу товарів (ст. З)1. При цьому під пунктами роздрібного продажу товарів необхідно розуміти, зокрема: магазини, інші торгові точки, які займають окремі приміщення або будівлі та мають торговельний зал для покупців; кіоски, палатки та інші малі архітектурні форми, що займають окремі приміщення, але не мають вбудованого тор­говельного залу для покупців; автомагазини, лотки.

Для продавців системи роздрібної торгівлі багатьма актами законодавства встановлюється ціла низка додаткових вимог та обов'язків, зокрема щодо правового режиму роботи госпо­дарюючих суб'єктів, організації продажу товарів, ціноутво­рення, санітарних вимог.

Іншою є ситуація у правовому становищі покупця, який во­лодіє переважно правами, а обов'язки у нього можуть виник­нути лише після укладення договору купівлі-продажу. Голов­ною передумовою вступу громадянина-споживача у договірні відносини з торговельними підприємствами (громадянами-підприємцями) є наявність у нього необхідної дієздатності

1 Дія зазначеного закону не поширюється на підприємства системи Укоопспілки та торговельно-виробничих підприємств робітничого поста­чання, громадян-підприємців, які сплачують ринковий збір за місце для торгівлі у межах ринків, на громадян, що продають вирощену в особистому підсобному господарстві сільгосппродукцію, та ін.

2Т4 Глава В

відповідно до цивільного законодавства. Згідно з п. 41 Поряд­ку заняття торговельною діяльністю і правилами торговель­ного обслуговування населення продаж товарів окремим категоріям громадян здійснюється у встановленому порядку, а продаж товарів повсякденного попиту дітям — тільки у випадку, якщо вони можуть самостійно зробити покупку і роз­рахуватися за придбаний товар. Звичайно ж тут мають вра­ховуватися відповідні положення ЦК України про обсяг діє­здатності неповнолітніх (статті 13 і 14).

Правилами роздрібної торгівлі алкогольними напоями, за­твердженими постановою Кабінету Міністрів України від ЗО лип­ня 1996 р.1, заборонено продаж алкогольних напоїв громадя­нам, які не досягли 18-річного віку2. Якщо виникають сумніви щодо віку покупця, продаж алкогольних напоїв здійснюється за умови пред'явлення документа, який засвідчує його вік. Тривалий час таке обмеження Існувало також у правилах торгівлі радянського періоду. Однак, постановою ЦК КПРС від 7 травня 1985 р. та постановою Ради Міністрів СРСР від 7 травня 1985 р.3 був заборонений продаж алкогольних напоїв особам, які не досягли 21 року.

Певною новелою стало положення п. 11 Правил роздрібної торгівлі алкогольними напоями про те, що не дозволяється продавати алкогольні напої працівниками господарюючого суб'єкта, яким не виповнилося 18 років.

Оскільки договір купівлі-продажу в роздрібній торговельній мережі виконується, як правило, під час його укладення, закон не вимагає його обов'язкового письмового оформлен­ня. Введення обов'язкового письмового оформлення угод у роздрібній торгівлі лише загальмувало б товарообіг у такій наймасовішій торговельній системі. На такі випадки розрахо­вана ст. 43 ЦК України, зміст якої дає підстави для висновку про те, що громадянину-споживачу, який придбав у торго­вельного підприємства (громадянина-підприємця) за усною угодою товар, видається документ, що підтверджує одержан­ня грошей та підставу їх одержання.

\* Урядовий кур'єр. — 1996. — 14 жовтня.

2 За законодавством радянського періоду заборонялося також прода- вати неповнолітнім тютюнові вироби, гральні карти, продавати автомашини особам віком до 18 років.

3 СП СССР. — 1985. — № 17. — Ст. 82 Купівля-продаж у роздрібній торгівлі

У роздрібній торгівлі таким документом, як правило, є касовий чек, який відповідно до Закону України "Про засто­сування електронних контрольно-касових апаратів і товарно-касових книг при розрахунках із споживачами у сфері тор­гівлі, громадського харчування та послуг"1 має бути виданий споживачеві разом з покупкою через електронний контроль­но-касовий апарат, на якому зазначено повну суму покупки. Оскільки законодавством допускається можливість роздріб­ної торгівлі з використанням товарно-касових книг, постає питання про те, який документ може видаватися покупцеві на підтвердження покупки у даному випадку або в інших можли­вих випадках. Відповідно до п. 9 ст. 14 Закону України "Про захист прав споживачів" під час продажу товарів продавець зобов'язаний видати споживачеві квитанцію, товарний чи касовий чек або інший письмовий документ. Однак, думає­ться, що це правило може стосуватися тих продавців, які за законодавством зобов'язані мати відповідні можливості для оформлення перелічених документів. Загальновідомо, що в дрібнороздрібній торгівлі через палатки, лотки, автомагазини, тощо таких документів продавці не видають, оскільки для цього немає відповідних технічних можливостей, а можливо й не потрібно на кожну покупку, зроблену за таких умов, видавати відповідний документ. Тому вважаємо за доцільне передбачити в актах про торговельне обслуговування правило про те, що в дрібнороздрібній торгівлі, де не видають­ся квитанція, товарний чи касовий чек, на вимогу покупця продавець повинен видати письмову квитанцію, яка засвідчує покупку та Ті ціну.

Важливо також у новому ЦК України прямо передбачити форми укладення договору роздрібної купівлі-продажу, оскільки в проекті ЦК України в редакції від 25 серпня 1996 р. вони не визначені.

Порядок укладення договору роздрібної купівлі-продажу має й інші особливості, зумовлені характером і призначенням роздрібної торговельної мережі.

За загальним правилом цивільного законодавства існує дві стадії укладення будь-якого договору. На першій стадії зацікавлена особа (оферент) направляє іншій особі пропо-

' Відомості Верховної Ради України. — 1996. — № 33. — Ст. 155.

216 Глава 8

зицію укласти договір (оферта) на запропонованих умовах. Дача відповіді про прийняття пропозиції (акцепт) другою сто­роною (акцептантом) — друга стадія. Договір вважається укладеним, коли між ними у належній формі досягнуто згоди щодо всіх істотних умов договору (ст. 153 ЦК).

Як правило, продавець висловлює пропозицію у вигляді так званої публічної оферти, яка полягає в тому, що торговельне підприємство виставляє зразки товарів на спеціально облад­наних вітринах, прилавках, рекламних пристосуваннях і про­понує невизначеному колу осіб укласти договір. Незважаючи на це, така оферта має таке саме юридичне значення, як і оферта, запропонована конкретній особі1. Другою стадією ук­ладення договору роздрібної купівлі-продажу є прийняття покупцем пропозиції, тобто акцепт. Надзвичайно важливою є та обставина, що продавець не має права відмовити такому покупцеві в укладенні договору.

Своєрідно тут також проявляється акцепт покупцем. Він може самостійно відібрати товар у спеціальний кошик (при са­мообслуговуванні), вказати продавцеві щоб відклав товар тощо. Укладення договору вважатиметься завершеним у разі сплати обумовленої ціни, а якщо продаж здійснюється з використанням контрольно-касового апарату — з моменту касового оформлення2.

В юридичній літературі висловлювалася також думка про те, що договір роздрібної торгівлі має вважатися укладеним у момент відібрання товару покупцем або на його прохання продавцем3. Помилковість такої позиції очевидна, адже у такому випадку покупець був би зобов'язаний оплатити товар і прийняти його. Проте, як відомо, покупець може у будь-який момент повернути відібраний товар і не оплачувати його. Інша справа, що продавець зобов'язаний укласти договір купівлі-продажу з покупцем щодо відібраного останнім товару.

4 Див.: Кабапкин ЮЛ. Законодательство о сфере обслуживания насе-пения. — М., 1984. — С. 66; Язев В.А. Закон о советской торговле. — М., 1987. — С. 93.

2 Див.: Львович Ю.Я. Охрана интересов покупателя. — М., 1966. — С.100.

3 Див.: Иоффе О.С. Обязатепьственное право. — С. 222.

***217***

Істотними умовами договору роздрібної купівлі-продажу є умови про предмет, ціну, а в деяких випадках і про строк. Умова про строк є істотною при здійсненні купівлі-продажу в кредит. Торгівля товарами в кредит здійснюється відповідно до Правил торгівлі у розстрочку, затверджених постановою Кабінету Міністрів України від 1 липня 1998 р.1.

Як правило, вимоги щодо предмета завчасно визначають­ся законодавчими актами. В Україні здійснено перехід від виключно державного централізованого регулювання цін радянського періоду до принципу вільного ціноутворення, за деякими винятками, що визначається Постановою Кабінету Міністрів України "Про ціноутворення в умовах реформуван­ня економіки" від 21 жовтня 1994 р.2 (з наступними змінами).

Проаналізувавши всі аспекти правового значення догово­ру купівлі-продажу, їх можна узагальнити наступним чином.

Договір роздрібної купівлі-продажу, як і будь-який інший договір купівлі-продажу, служить похідним способом (право­вою підставою) набуття громадянами та іншими суб'єктами права власності. Він підтверджує наявність зобов'язальних правовідносин між торговельним підприємством і покупцем.

На наш погляд, існуючий порядок оформлення договірних відносин у роздрібній торгівлі є оптимальним і не потребує кардинальних змін, оскільки встановлення додаткових проце­дур щодо оформлення договору лише гальмувало б товаро­обіг. Водночас було б доцільно передбачити в Законі України "Про захист прав споживачів" правило про те, що при прода­жу товарів високої вартості на вимогу покупця продавець зобов'язаний укласти письмовий договір купівлі-продажу.

Договір роздрібної купівлі-продажу служить належною пра­вовою гарантією захисту порушених прав громадян-спожи­вачів.

Договір роздрібної купівлі-продажу має ознаки публічного договору, в якому за законом на продавця покладаються додаткові обов'язки, а покупцеві надаються певні привілеєві права.

' Урядовий кур'ер. — 1998. — 9 липня. 2 Галицькі контракти. — 1996. — № 32. — С. 63-<5.

***218 Глава 8***

**§ 3. Правове регулювання торгівлі окремими видами товарів**

**Правове регулювання торгівлі алкоголь­ними напоями.** Особливості роздрібної торгівлі алкогольни­ми напоями встановлені Правилами роздрібної торгівлі алко­гольними напоями, затвердженими постановою Кабінету Міністрів України від ЗО липня 1996 р. № 854.

Правила визначають основні вимоги до роздрібної торгівлі горілкою і лікеро-горілчаними виробами, вином виноградним та плодово-ягідним, коньяком, шампанським, вином ігристим і спрямовані на забезпечення прав споживачів щодо належ­ної якості товару і рівня торговельного обслуговування.

Під алкогольними напоями Правила розуміють продукти, одержані шляхом спиртового бродіння цукровмісних матеріа­лів або виготовлені на основі харчових спиртів з вмістом понад 8,5 відсотків етилового спирту.

Роздрібна торгівля алкогольними напоями здійснюється через спеціалізовані підприємства, в тому числі фірмові, спе­ціалізовані відділи (секції) підприємств з універсальним асортиментом продовольчих товарів. Пляшки (інша тара) з алкогольними напоями повинні мати етикетки або чітке мар­кування, де зазначаються найменування підприємства-виго­товлювача, його адреса, товарний знак, назва напою, його міцність, місткість у літрах, вміст цукру у відсотках (за винят­ком сухих вин, шампанського, ігристого вина і коньяку), рік /рожаю (для колекційних вин), дата розливу, термін придат­ності, якщо це передбачено стандартом, номер стандарту чи технічних умов.

Пляшки з шампанським та ігристим вином мають бути обгорнуті фольгою і кольєреткою. На шийці пляшки з мароч­ним вином та коньяком на етикетці зазначається термін витримки напою, а з колекційним вином — додатково напис "Колекційне".

Етикетки на алкогольні напої, що їх реалізують на під­приємствах громадського харчування, повинні бути марко­вані штампом (печаткою) цього підприємства.

***219***

***Купівля-продаж у роздрібній торгівлі***

Правила не дозволяють продавати алкогольні напої у пляшках (іншій тарі) без етикеток або чіткого маркування з наявними ознаками бою (тріщини, сколювання шийки, по­шкодження закоркування тощо), у негерметично закоркова­них пляшках, з наявністю сторонніх і завислих частинок або каламуті, осаду (крім колекційних вин з осадами, що швидко осідають, не створюючи каламуті), з простроченим терміном придатності, якщо це не передбачено стандартом.

Продаж горілки та лікеро-горілчаних виробів здійснюється виключно у передбаченій діючими стандартами на цю про­дукцію тарі, виготовленій із скла, кришталю, фарфору та кера­міки (для виноробної продукції — з глазурованої кераміки).

Закорковані пляшки з алкогольними напоями зберігають у горизонтальному положенні, щоб запобігти висиханню корка, а пляшки з іншою закупоркою — у вертикальному положенні при температурі: горілку та горілку особливу — від -5° до +25°С; лікеро-горілчані вироби — від +10° до + 20°С і відносній вологості повітря не більше як 85 відсотків; вино — від +8° до +16°С (напівсолодке, напівсухе — від -2° до +8°С); коньяк— не менше як +5°С.

Перед продажем алкогольних напоїв продавець обов'яз­ково перевіряє їх якість за зовнішнім виглядом (прозорість, колір, інші ознаки, які піддаються перевірці без відкупорю­вання одиниці пакування).

Продавець повинен забезпечити інформування покупця про роздрібні ціни на алкогольні напої за допомогою ярликів цін (цінників) на зразках напоїв, що перебувають у продажу.

У разі виявлення недоліків, фальсифікації алкогольних напоїв, продажу їх неналежної якості покупець має право вимагати від суб'єкта господарювання:

заміни на аналогічний товар належної якості;

заміни на товар іншого виду, марки з відповідним перера­хуванням купівельної ціни;

повернення коштів;

відшкодування заподіяних йому збитків та шкоди в поряд­ку, передбаченому законодавством.

**Торгівля тютюновими виробами** має певну специфіку. Вона здійснюється через спеціалізовані підприємства, в тому числі фірмові, відділи (секції) підприємств з універсальним асортиментом продовольчих та непродовольчих товарів, ста-

***220 Глава 8***

ціонарні пункти дрібнороздрібної торговельної мережі, підприємства громадського харчування, а також магазини Товари повсякденного попиту" і автомагазини, автокафе, ав-торозвозки, лавки-автопричепи системи споживчої коопе­рації, що здійснюють продаж їх у сільській місцевості.

Роздрібна торгівля тютюновими виробами забороняється:

з рук, лотків та у непристосованих для зберігання і продажу приміщеннях, що не відповідають встановленим вимогам;

на території дошкільних, навчальних і лікувальних закладів та прилеглих територіях;

у місцях проведення спортивних змагань, гуртожитках та на прилеглих територіях, в інших місцях, визначених місце­вими радами;

громадянам, які не досягли 18-річного віку;

працівниками господарюючого суб'єкта, яким не випов­нилося 18 років.

Забороняється реалізація на території України тютюнових виробів, на яких немає марок акцизного збору встановленого зразка. Порядок наклеювання марок акцизного збору регла­ментують Правила виготовлення, зберігання та продажу марок акцизного збору й маркування алкогольних напоїв і тютюнових виробів та порядку реалізації або знищення конфіскованих алкогольних напоїв і тютюнових виробів, за­тверджені постановою Кабінету Міністрів України від 11 груд­ня 1995 р. №996.

Маркування тютюнових виробів проводиться відповідно до вимог стандартів і складається **з:**

• маркування окремих одиниць — на кожній цигарці або сигареті має бути зазначено найменування цигарок (сига­рет), найменування підприємства-виготовлювача або його місцезнаходження, номер машини чи бригади;

• маркування коробок, пачок, боксів та сувенірних коро­бок — на кожній одиниці упаковки має бути вказано найме­нування підприємства-виготовлювача та товарний знак, його місцезнаходження, найменування і клас сигарет, наявність фільтрувального мундштука (для сигарет і цигарок), кількість штук у коробці чи пачці (для цигарок, сигар, сигарет), позна­чення нормативного документа (стандарту) **та** напис про шкідливість куріння, погодженого з Міністерством охорони здоров'я України, вміст шкідливих для здоров'я речовин

***221***

***Купівля-продаж у роздрібній торгівлі***

порівняно з обов'язковими вимогами нормативних докумен­тів, дата виготовлення, термін придатності;

• маркування транспортної тари з нанесенням застереж­них написів: "Боїться вологи", "Боїться нагріву", додаткового напису "Легкозаймистий", а також маркування споживчої тари (крім застережного напису Міністерства охорони здоров'я України) та додаткового позначення дати виготов­лення, кількості штук у ящику (для цигарок, сигар, сигарет), номера тари за прейскурантом.

Перевозять тютюнові вироби критими транспортними за­собами, які мають бути сухими, чистими, без стороннього за­паху, з додержанням принципу товарного сусідства.

Приміщення для зберігання тютюнових виробів мають бути відокремлені від торговельного залу протипожежними пере­городками 1-го типу, оснащені охоронною та протипожежною сигналізацією, бути сухими, чистими, добре вентильованими, затемненими, з відносною вологістю повітря 60—70 відсотків та без різких коливань температури.

Підлога у приміщеннях повинна бути на висоті не нижче ніж 50 см від землі. Ящики з тютюновими виробами викладають на дерев'яні бруски на висоті 10 см від підлоги з проміжками для циркуляції повітря у штабелі не більше ніж у шість ящиків по висоті з проходами між двома-трьома рядами. Відстань від джерела тепла має бути не меншою ніж один метр.

Не дозволяється зберігати тютюнові вироби в одному приміщенні з продуктами, що швидко псуються, та товарами, цю мають запах та властивість вбирати запах.

При додержанні вимог транспортування і зберігання гарантійні строки зберігання тютюнових виробів з дня виго­товлення становлять: люлькового тютюну — 6 місяців, інших тютюнових виробів — 12 місяців.

Перед продажем тютюнових виробів продавець обов'язко­во перевіряє їх якість за зовнішнім виглядом упаковки (за­бруднення, розриви та розклеювання коробок, пачок і паке­тів, перекіс розривної стрічки тощо).

У торговельному залі тютюнові вироби мають бути вистав­лені у повному асортименті, наявному у господарюючого суб'єкта. Їх розміщують за видами, класами, сортами на сто­лах, прилавках-вітринах, пристінних гірках.

***222***

***Глава 8***

**Особливості правового регулювання торгівлі нафто­продуктами** визначаються Правилами роздрібної торгівлі нафтопродуктами, затвердженими постановою Кабінету Міністрів України від 20 грудня 1997 р.

Роздрібний продаж нафтопродуктів здійснюється через мережу автозаправних станцій (АЗС), що призначені для за­правки транспортних засобів моторним пальним. Продаж цих товарів у дрібній упаковці здійснюється також через спеціа­лізовані магазини по продажу товарів господарського вжитку.

У сільській місцевості проводиться продаж гасу на розлив через мережу спеціалізованих магазинів, кіосків, палаток (яток), а також через спеціалізовані авторозвозки системи споживчої кооперації.

АЗС поділяються на стаціонарні, пересувні та контейнерні. Стаціонарні АЗС розташовують у населених пунктах та на ав­тошляхах. Використання пересувних АЗС дозволяється тільки для реалізації населенню пічного палива та для реалі­зації пального на територіях стаціонарних АЗС у разі зупинки останніх на ремонт або зачищення резервуарів.

Контейнерні АЗС дозволяється використовувати тільки в автогосподарствах, на промислових і сільськогосподарських підприємствах, платних стоянках автомобілів, моторних чов­нів і катерів, пристанях, у гаражних кооперативах та в сіль­ській місцевості, де немає стаціонарних АЗС.

У всіх випадках місця розташування АЗС визначають органи місцевого самоврядування та погоджують у встанов­леному порядку з місцевими органами МВС і Мінекобезпеки.

Забороняється продаж нафтопродуктів безпосередньо з автоцистерн, а також приватними особами у каністрах та іншій тарі.

На стаціонарних АЗС може бути організовано продаж нафтопродуктів у дрібній розфасовці, супутніх товарів для автомобілів та інших транспортних засобів, приймання відпрацьованих масел і дрібної тари з-під нафтопродуктів, а також технічне обслуговування та миття автомобілів.

При продажу товарів вітчизняного та іноземного вироб­ництва суб'єкт господарювання зобов'язаний забезпечити покупців необхідною, доступною та достовірною інформацією про товари державною мовою. Такою інформацією є:

***Купівля-продаж у роздрібній торгівлі 223***

назва нормативних документів, вимогам яких мають відповідати товари;

перелік основних споживчих властивостей товарів;

ціна та умови придбання товарів;

дата виготовлення;

гарантійні зобов'язання виготовлювача;

правила та умови ефективного використання товарів;

термін служби (придатності) товарів, відомості про необхід­ні дії покупця після його закінчення, а також про можливі наслідки в разі невиконання цих дій;

найменування та адреса виготовлювача і підприємства яке приймає претензії від покупця;

про сертифікацію товарів.

Стосовно товарів, які за певних умов можуть бути небез­печними для життя, здоров'я покупця та його майна, навко­лишнього природного середовища, продавець магазину або оператор АЗС зобов'язаний довести до відома покупця інформацію про правила безпечного використання, зберіган­ня, утилізації цих матеріалів, а також шкідливі наслідки їх

впливу.

Розрахунки з покупцями за придбані ними нафтопродукти, інші товари здійснюються за готівку в національній валюті, у безготівковому порядку, за кредитними картками або в іншо­му порядку відповідно до законодавства.

На стаціонарних і контейнерних АЗС, у спеціалізованих магазинах розрахунки з покупцями проводяться через зареєстровані електронні контрольно-касові апарати з обов'язковою видачею покупцеві касового чека, а на пере­сувних АЗС — з використанням товарно-касових книг та електронних контрольно-касових апаратів (за наявності відповідних моделей).

Під час продажу товарів продавець або оператор АЗС зобов'язаний видати покупцеві касовий чи товарний чек або інший письмовий документ, що засвідчує факт купівлі.

Якщо покупцеві не підійшов товар належної якості, він має право обміняти його на аналогічний протягом 14 днів, не вра­ховуючи дня купівлі, а при виявленні недоліків чи фальсифіка­ції товару протягом гарантійного терміну має право за своїм вибором вимагати від господарюючого суб'єкта:

224 Глава В

безплатного усунення недоліків або відшкодування витрат на їх виправлення покупцем;

заміни на аналогічний товар належної якості;

відповідного зменшення його купівельної ціни;

заміни на такий самий товар іншої марки (моделі) з відпо­відним перерахуванням купівельної ціни;

розірвання договору та відшкодування збитків, яких він зазнав.

**Особливості купівлі-продажу транспортних засобів** урегульовані Правилами торгівлі транспортними засобами і номерними агрегатами, затвердженими наказом МЗЕЗторгу України від 18 грудня 1995р. М'2168 (зареєстровано у Мініс­терстві юстиції України 29 грудня 1995 р. за М9 489/1025).

Зазначені Правила регламентують торгівлю автомобіля­ми, автобусами, мотоциклами усіх типів, марок і моделей, причепами, напівпричепами та мотоколясками, іншими тран­спортними засобами (далі—транспортні засоби) вітчизняно­го та іноземного виробництва і номерними агрегатами до них (двигунами, шасі, кузовами, рамами), що не були в експлуа­тації (нових, які ще не були зареєстровані в органах Держ-автоінспекції, далі —ДАІ), пройшли в встановленому порядку сертифікацію і мають документ встановленого зразка, комісійну торгівлю цими засобами і номерними агрегатами, а також торгівлю транспортними засобами і номерними агре­гатами, що були в користуванні.

Продаж автотранспортних засобів і номерних агрегатів до­зволяється особам, які досягли 18 років, мототранспортних засобів і номерних агрегатів — особам, які досягли 16 років, за наявності паспорта або документа, що його замінює.

Продаж мототранспортних засобів і номерних агрегатів неповнолітнім особам здійснюється за наявності дозволу батьків чи опікуна.

Юридичні особи можуть придбавати транспортні засоби та номерні агрегати за наявності доручення уповноваженої особи підприємства (організації, установи) та паспорта або документа, що його замінює.

Продавець для продажу транспортних засобів повинен мати довідки-рахунки, які є підставою для реєстрації транс­портних засобів в органах ДАІ, та номерні знаки Транзит", що відповідають державному стандартові, для перегону тран-

Купівля-продаж у роздрібній торгівлі 225

спортних засобів до місця призначення. У супровідних доку­ментах робиться відмітка "Перегін" і вказуються реєстраційні номери.

Бланки довідок-рахунків та номерні знаки Транзит" є до­кументами суворої звітності.

Забезпечення продавця бланками довідок-рахунків прово­диться у встановленому законодавством порядку Управлін­ням ДАІ МВС України, номерними знаками Транзит" — управліннями ДАІ ГУМВС України в Автономній Республіці Крим, м. Києві, Київській області, УМВС України в областях та м. Севастополі.

Довідка-рахунок заповнюється друкарським способом або чорнилом від руки одним почерком. У відповідній графі про­ставляються назва продавця та дата реалізації транспортних засобів. Довідку-рахунок підписують керівник (заступник керівника), головний бухгалтер, касир і засвідчують круглою печаткою. Якщо продаж транспортних засобів і номерних агрегатів відбувається через філію господарюючого суб'єкта за погодженням з Управлінням ДАІ МВС України, видача довідок-рахунків здійснюється за підписом керівника (заступ­ника керівника), головного бухгалтера, касира та засвідчує­ться круглою печаткою філії.

Вимоги щодо показників якості нових транспортних засобів, маркування, приймання, зберігання регламентують­ся стандартами, технічними умовами та іншою нормативно-технічною документацією.

У разі неповної комплектності або неналежної якості тран­спортного засобу він підлягає уцінці. Уцінені транспортні засоби з гарантії знімаються, про що інформується покупець.

Забороняється продаж нових транспортних засобів і но­мерних агрегатів з дефектами, що загрожують безпеці доро­жнього руху, або які за технічним станом не відповідають нор­мативам і стандартам, діючим в Україні, а також які не пройшли передпродажної підготовки.

Передпродажна підготовка транспортних засобів прово­диться кваліфікованими фахівцями продавця згідно з вимо­гами нормативно-технічної документації. Продавець у сервіс­ній книжці обов'язково робить позначку про проведення передпродажної підготовки транспортних засобів.

8 О. Дзера

***22в Глав» в***

На продані транспортні засоби продавець повинен видати покупцеві сервісну книжку, інструкцію про порядок експлуа­тації, товарний (касовий) чек або інший письмовий документ, що засвідчує факт купівлі, а також довідку-рахунок, яка є підставою для реєстрації транспортного засобу в органах ДАІ.

У разі відсутності сервісної книжки покупцеві видається довідка про проведення передпродажної підготовки.

Комісійна торгівля транспортними засобами і номерними агрегатами проводиться на підставі договору комісії між гос­подарюючим суб'єктом, який приймає товар на комісію (далі — комісіонер), і громадянином, підприємством (орга­нізацією, установою), які здають товар на комісію (далі — комітент). Договором комісії комітент доручає продаж товару комісіонерові за визначену винагороду.

Торгівля транспортними засобами і номерними агрегата­ми, що були в користуванні, здійснюється шляхом скупки їх у громадян, підприємств (організацій, установ) та подальшого їх продажу іншим громадянам, підприємствам (організаціям, установам). Між скупкою та продажем продавець може зробити технічне обслуговування та ремонт транспортного засобу.

Скупка транспортних засобів і номерних агрегатів прово­диться на підставі договору між продавцем (господарюючим суб'єктом) та громадянином, підприємством (організацією, установою) — власником транспортного засобу чи номерно­го агрегату.

При продажу транспортних засобів, які мають дефекти, що загрожують безпеці дорожнього руху та життю громадян, продавець повідомляє покупця у письмовій формі про існуючі дефекти та неможливість експлуатації транспортного засобу до їх усунення.

Якщо виявлено недоліки у транспортних засобах і номер­них агрегатах, що перебувають на гарантії, діє ст. 14 Закону України "Про захист прав споживачів".

Після продажу транспортні засоби реєструють в органах ДАІ на підставі довідки-рахунку і технічного паспорта (що на­лежав попередньому власникові), які надаються продавцем покупцеві. В розділі технічного паспорта "Особливі відмітки" робиться запис: "Автомобіль (інший технічний засіб) проданий

***227***

Купівля-продаж у роздрібній торгівлі

*за* довідкою-рахунком, серія, номер, дата", який підписує керівник та засвідчує печаткою.

Торгівля примірниками аудіовізуальних творів і фоног­рам. З метою забезпечення охорони прав на об'єкти інтелек­туальної власності, правомірного використання аудіовізуаль­них творів і фонограм, а також впорядкування роздрібної тор­гівлі ними Кабінет Міністрів України постановою від 4 листо­пада 1997 р. М8 1209 затвердив Правила роздрібної торгівлі примірниками аудіовізуальних творів і фонограм.

Відповідно до Правил роздрібна торгівля примірниками творів і фонограм здійснюється через спеціалізовані під­приємства торгівлі, в тому числі фірмові, спеціалізовані від­діли (секції) підприємств з універсальним асортиментом не­продовольчих товарів, які зареєстровані у встановленому порядку і мають ліцензію на роздрібну торгівлю непродоволь­чими товарами (далі — суб'єкт підприємницької діяльності).

Під аудіовізуальним твором Правила розуміють твір, який складається з набору пов'язаних між собою зображень, що створюють відчуття руху, із звуковим супроводом або без нього. До аудіовізуальних творів належать кінематографічні **та** інші твори, виражені засобами, аналогічними засобам кінематографії, такі, як телевізійні та інші способи фіксації зображень із звуковим супроводом на магнітних плівках, платівках, дисках тощо.

Фонограма — виключно звуковий запис будь-якого вико­нання чи інших звуків. Диски, магнітофонні касети та інші носії записів є примірниками фонограми.

Роздрібна торгівля примірниками творів і фонограм про­водиться через спеціалізовані підприємства торгівлі, в тому числі фірмові, спеціалізовані відділи (секції) підприємств з універсальним асортиментом непродовольчих товарів, які зареєстровані у встановленому порядку і мають ліцензію на роздрібну торгівлю непродовольчими товарами (далі — суб'єкт підприємницької діяльності).

До примірників творів і фонограм, що надходять до роздріб­ної торговельної мережі, повинні додаватися супровідні доку­менти (рахунки-фактури, прибутково-видаткові накладні тощо), документи, що підтверджують якість примірників твору і фонограми, з відомостями про виробника твору чи фоно-

***228***

***Глава В***

грами, виробника їх примірників, правила використання та гарантійні зобов'язання.

На етикетці індивідуальної упаковки примірника твору і фонограми мають бути маркувальні дані:

• для аудіовізуального твору — назва твору, штриховий код, час демонстрування, імена сценариста, режисера, опе­ратора, художника-постановника, авторів музики, спеціально створеної для аудіовізуального твору, продюсера (виробника) аудіовізуального твору, знак охорони авторського права (латинська літера С у колі ©, ім'я (найменування) особи, яка має авторське право, рік першої публікації твору, імена го­ловних виконавців, номер прокатного посвідчення Мінкультури, номер договору з особою, яка має авторське і суміжні права, чи номер угоди з ДААСП, дата випуску твору, дата відтворення примірників твору;

• для фонограм — назва твору, штриховий код, час звучан­ня, імена автора музики, автора тексту, знак охорони суміж­них прав (латинська літера Р у колі ®, ім'я (найменування) особи, якій належать суміжні права (виробник фонограми, виконавець), рік першої публікації фонограми, найменування виробника примірника фонограми, його адреса, товарний (фірмовий) знак, номер угоди виробника примірників фоно­грам з особою, яка має авторське і суміжні права, чи з ДААСП, дата випуску, дата відтворення примірників фоно­грам.

Усі примірники творів і фонограм мають бути забезпечені відповідно до вимог ст. 18 Закону України "Про захист прав споживачів" інформацією, викладеною письмово україн­ською мовою.

У торговельному залі примірники творів і фонограм розмі­щуються окремо за носіями запису та їх жанром.

Місце продажу примірників творів і фонограм має бути за­безпечено якісною апаратурою для перевірки якості їх запису на прохання покупця (аудіо- та відеомагнітофонами, теле­візорами тощо).

Роздрібна торгівля примірниками творів і фонограм за­бороняється:

якщо примірники творів і фонограм є контрафактними або містять фальсифікований знак для товарів і послуг;

***229***

Купівля-продаж у роздрібній торгівлі

*у* дрібнороздрібній торговельній мережі (кіосках, палатках, лотках, автомагазинах тощо), з рук, на ринках (крім розміще­них на них спеціалізованих підприємств торгівлі);

у необладнаних протипожежною сигналізацією та відповід ними технічними пристроями торговельних приміщеннях.

**Правове регулювання купівлі-продажу зброї.** Відповідно до ст. 13 Закону України "Про власність" від 7 лютого 1991 р. Верховна Рада України Постановою "Про право власності на окремі види майна" від 17 червня 1992 р.1 встановила спе­ціальний порядок набуття права власності громадянами на окремі види майна, включивши до переліку видів майна, зокрема, зброю. Згідно з цим порядком громадяни набувають права власності на такі види зброї, придбаної ними з відпо­відного дозволу, що надається:

• на вогнепальну гладкоствольну мисливську зброю — органами внутрішніх справ за місцем проживання особам, які досягли 21-річного віку;

• на вогнепальну мисливську нарізну зброю (мисливські карабіни, гвинтівки, комбіновану зброю з нарізними ство­лами) — органами внутрішніх справ за місцем проживання особам, які досягли 25-річного віку;

• на газові пістолети (револьвери) і патрони до них, заря­джені речовинами сльозоточивої та дратівної дії, — органами внутрішніх справ за місцем проживання особам, які досягли 18-річного віку;

• на холодну зброю та пневматичну зброю калібру понад 4,5 мм і швидкістю польоту кулі понад 100 м за секунду — органами внутрішніх справ за місцем проживання особам, які досягли 18-річного віку.

Останнім часом значного поширення серед громадян і юридичних осіб набули спеціальні засоби самооборони, за­ряджені речовинами сльозоточивої та дратівної дії, дозволені до виготовлення, реалізації (продажу), придбання, реєстрації, обліку, зберігання (носіння) і застосування. До таких спе­ціальних заходів самооборони належать:

• упаковки з аерозолями сльозоточивої та дратівної дії (га­зові балончики);

Ст. 517;

• № 5. —

' Відомості Верховної Ради України. — 1992. — № 35. • 1993. — № 22. — Ст. 233; 1994. — № 34. — Ст. 322; 1995. Ст. 33.

**230 *Глава 8***

*•* газові пістолети (револьвери) та патрони до них калібру 6,8 і 9 мм, заряджені речовинами сльозоточивої та дратівної дії.

Відносини, пов'язані з особливостями купівлі-продажу спе­ціальних заходів самооборони, регулює Положення про поря­док продажу, придбання, реєстрації, обліку 1 застосування спеціальних засобів самооборони, заряджених речовинами сльозоточивої та дратівної дії, затверджене постановою Кабінету Міністрів України від 7 вересня 1993 р. № 706.

Відповідно до цього Положення упаковки з аерозолями сльозоточивої та дратівної дії (газові балончики) реалізуються (продаються) громадянам, які досягли 18-річного віку, суб'єк­там підприємницької діяльності, установам та організаціям без дозволу органів внутрішніх справ у спеціалізованих мага­зинах, окремих секціях магазинів. Відкриття та функціону­вання спеціалізованих магазинів та окремих секцій магазинів для продажу упаковок з аерозолями сльозоточивої та дратів­ної дії (газових балончиків) здійснюються у порядку, встанов­леному Міністерством внутрішніх справ України.

Що стосується газових пістолетів (револьверів), то, як зазначалося раніше, вони можуть бути придбані лише з дозволу.

Дозволи на придбання і зберігання (носіння) газових пістолетів (револьверів) та патронів до них видають органи внутрішніх справ громадянам, які десяти 18-річного віку, за умови наявності висновку (довідки) медичного закладу (ліку­вально-кваліфікаційної комісії) встановленої форми про те, що вони за станом здоров'я можуть володіти (користуватися) спеціальними засобами самооборони та ознайомлені з порядком їх зберігання (носіння) і застосування.

Дозволи не видаються, а видані дозволи анулюються за наявності: /

• висновку (довідки) медичного закладу (лікувально-квалі­фікаційної комісії) встановленої форми, який свідчить про те, що така особа за станом здоров'я не може володіти спеціаль­ними засобами самооборони;

• відомостей про систематичне порушення особою гро­мадського порядку, зловживання спиртними напоями, вжи­вання наркотичних речовин без призначення лікаря;

Купівля-продаж у роздрібній торгівлі 231

*•* пред'явлення такій особі обвинувачення у вчинененні злочину, а також засудження до позбавлення волі;

• непогашеної або незнятої у встановленому порядку з особи судимості за тяжкий злочин або злочин, скоєний із за­стосуванням вогнепальної зброї, вибухових речовин або спе­ціальних засобів самооборони, заряджених речовинами сльозоточивої та дратівної дії;

• умовного засудження особи з іспитовим терміном або засудження до виправних робіт;

• вироку народного суду щодо такої особи, виконання якого відстрочено.

Суб'єкти підприємницької діяльності, установи та організа­ції з метою захисту життя, здоров'я, честі і гідності своїх пра­цівників мають право на придбання газових пістолетів (револьверів), патронів до них з оформленням дозволу орга­нами внутрішніх справ на їх зберігання (носіння) конкретним працівникам, які досягли 18-річного віку, за наявності вис­новку (довідки) медичного закладу (лікувально-кваліфікацій­ної комісії) встановленої форми щодо цих працівників та озна­йомлення з порядком їх зберігання (носіння) і застосування.

Щоб отримати дозвіл на придбання газових пістолетів (револьверів), громадяни подають до органу внутрішніх справ:

заповнену картку-заяву;

дві фотокартки розміром 3х4 см;

висновок (довідку) медичного закладу (лікувально-квалі­фікаційної комісії) встановленої форми (крім осіб, які мають дозвіл органу внутрішніх справ на зберігання і носіння мисливської та відомчої вогнепальної зброї);

квитанцію про оплату послуг, пов'язаних з оформленням документів для видачі дозволу на придбання газових пістолетів (револьверів).

Якщо отримати дозвіл на придбання газових пістолетів (револьверів) бажають суб'єкти підприємницької діяльності, вони мусять подати до органу внутрішніх справ такі доку­менти:

лист з обгрунтуванням необхідності придбання газових пістолетів (револьверів) із зазначенням їх типу **та** кількості;

список працівників, які користуватимуться зазначеними засобами самооборони;

**232 *Глава 8***

*по 2* фотокартки розміром 3х4 см (кожного з працівників, що використовуватимуть газові пістолети (револьвери);

копію платіжного доручення про оплату послуг, пов'язаних з оформленням документів для видачі дозволів на придбання зазначених засобів самооборони (за кожну одиницю).

Орган внутрішніх справ протягом одного місяця розглядає документи і видає дозвіл на придбання газових пістолетів (револьверів) або мотивовано відмовляє в його видачі. Відмову у видачі дозволу може бути оскаржено відповідно до чинного законодавства у судовому порядку.

Дозвіл на придбання газових пістолетів (револьверів) видається терміном на три місяці. Не використаний протягом цього часу дозвіл повертається до органу внутрішніх справ, який його видав.

Придбані газові пістолети (револьвери) протягом 10 днів з дня придбання подають до органу внутрішніх справ для реєстрації та оформлення дозволу на їх зберігання (носіння).

Для отримання дозволу на зберігання (носіння) газових пістолетів (револьверів) їх власники (користувачі) подають до органу внутрішніх справ також корінець дозволу на придбан­ня з відміткою спеціалізованого магазину про продаж газово­го пістолета (револьвера) та квитанцію (платіжне доручення) про оплату послуг, пов'язаних з оформленням документів для видачі дозволу на зберігання (носіння) газових пістолетів (револьверів).

Дозвіл на зберігання і носіння газових пістолетів (револь­верів) видає орган внутрішніх справ терміном на три роки.

Дозвіл на зберігання (носіння) газового пістолета (револь­вера) може бути виданий кожному членові сім'ї власника га­зового пістолета (револьвера), який має на це право.

Кількість працівників суб'єкта підприємницької діяльності, установи, організації, яким може бути виданий дозвіл на зберігання (носіння) газового пістолета (револьвера), обме­жується трьома особами на кожний газовий пістолет (ре­вольвер).

Реалізація (продаж) спортивної, мисливської вогнепальної зброї та боєприпасів до неї, холодної зброї та спеціальних засобів, заряджених речовинами сльозоточивої та дратівної дії, що її здійснюють суб'єкти підприємницької діяльності, регулюється спеціальним нормативним актом. Цей акт — Умови і правила здійснення підприємницької діяльності по

Купівля-продаж у роздрібній торгівлі 233

виробництву, ремонту і реалізації спортивної, мисливської вогнепальної зброї та боєприпасів до неї, а також холодної зброї, виготовленню і реалізації спеціальних засобів, заря­джених речовинами сльозоточивої та дратівної дії, індиві­дуального захисту, активної оборони та засобів для виконан­ня спеціальних операцій і оперативно-розшукових заходів, створенню та утриманню стрілецьких тирів, стрільбищ, мисливських стендів і штемпельно-граверних майстерень, виготовленню печаток і штампів — затверджено наказом Міністерства внутрішніх справ України від 18 жовтня 1993 р № 643 (із змінами та доповненнями, внесеними наказом МВС від 13 травня 1996 р. № 311).

Зазначений вище вид підприємницької діяльності відповід­но до підпункту 3 п. 1 Положення про порядок видачі суб'єк­там підприємницької діяльності спеціальних дозволів (ліцен­зій) на здійснення окремих видів діяльності, затвердженого постановою Кабінету Міністрів України від 17 травня 1994 р. № 316, можна здійснювати лише за наявності спеціального дозволу (ліцензії), що його видає МВС України згідно з Інструкцією про порядок видачі суб'єктам підприємницької діяльності ліцензій на виробництво, ремонт і реалізацію спор­тивної, мисливської вогнепальної зброї та боєприпасів до неї, а також холодної зброї, виготовлення і реалізацію спеціаль­них засобів, заряджених речовинами сльозоточивої та дра­тівної дії, індивідуального захисту, активної оборони та засо­бів для виконання спеціальних операцій і оперативно-розшу­кових заходів, створення та утримання стрілецьких тирів, стрільбищ, мисливських стендів і штемпельно-граверних май­стерень, виготовлення печаток і штампів, затвердженою наказом Міністерства внутрішніх справ України від 18 жовтня 1993р. №643.

Заява підприємцями— юридичними особами та підприєм­цями-громадянами на отримання ліцензії подається за територіальністю до ГУМВС у Автономній Республіці Крим, ГУМВС у областях, містах Києві і Севастополі за місцем дер­жавної реєстрації суб'єктів підприємницької діяльності та відповідно до обраного виду підприємництва.

До заяви на отримання ліцензії додаються:

• підприємцями — юридичними особами — копії уста­новчих документів;

234 Глава 8

*»* підприємцями-громадянами — копії установчих доку­ментів та документів, що засвідчують рівень освіти і кваліфі­кації, необхідні для здійснення обраних видів діяльності;

• квитанція банку про оплату послуг за видачу ліцензії. Органи внутрішніх справ при отриманні заяв на видачу ліцензій на здійснення підприємницької діяльності переві­ряють умови, необхідні для видачі ліцензії:

• наявність погоджених з МВС України та іншими заінте­ресованими міністерствами і відомствами умов, необхідних для продажу спортивної, мисливської вогнепальної зброї і спеціальних засобів самооборони, заряджених речовинами сльозоточивої та дратівної дії;

• відомості про осіб, відповідальних за відкриття 1 функ­ціонування магазинів по реалізації зброї, боєприпасів до неї та газових балончиків, пістолетів (револьверів) і патронів, заряджених речовинами сльозоточивої та дратівної дії;

• придатність приміщень для відкриття та функціонування підприємств по реалізації"! зазначеної вище зброї, що визна­чається комісією у складі представників органів внутрішніх справ (міліції, пожежного нагляду і державної служби охоро­ни) та заінтересованих організацій, а при потребі — архітек­турного і санітарного нагляду з урахуванням встановлених вимог.

Ліцензія не видається за відсутності зазначених умов здійснення підприємницької діяльності та за наявності відносно особи, відповідальної за здійснення підприємницької діяльності:

• висновку (довідки) медичного закладу (лікувально-квалі­фікаційної комісії), який свідчить про те, що така особа за ста­ном здоров'я не може здійснювати вказану роботу або володіти зазначеною вище зброєю;

• даних про систематичні порушення такою особою гро­мадського порядку, зловживання спиртними напоями та нар­котичними речовинами;

• пред'явленого обвинувачення про вчинення злочину, а також віддання до суду;

• непогашеної судимості за умисні злочини;

• вироку суду про заборону займатися зазначеною діяльністю;

• позбавлення ліцензії на вказані види підприємницької діяльності.

***Купівля-продаж у роздрібній торгівлі 235***

Мисливська вогнепальна зброя, газові пістолети (револь­вери) здаються на комісійний продаж громадянами або пред­ставниками організацій за направленням органів внутрішніх справ 1 за документами, які засвідчують особу. При здачі на комісійний продаж вогнепальної зброї, газових пістолетів (револьверів) без вказаних направлень, адміністрація мага­зину приймає їх і передає із зазначенням відомостей про особу, що їх здала, до органів внутрішніх справ за терито-ріальністю. Квитанцію про приймання на комісійний продаж зброї, газових пістолетів (револьверів) разом з дозволом на їх зберігання громадянин подає у 10-денний термін до органів внутрішніх справ, де їх було зареєстровано. Після одержання органами внутрішніх справ повідомлення з магазину про реалізацію зброї, газових пістолетів (револьверів) останніх знімають з обліку.

Торговельні організації повинні вести облік проданих во­гнепальної зброї, мисливських ножів та боєприпасів, газових балончиків, газових пістолетів (револьверів) у книгах обліку, які нумеруються, прошнуровуються та скріплюються печат­кою місцевих органів внутрішніх справ. Про вид, систему, марку, калібр, номер проданих зброї, газових пістолетів (револьверів) продавець вносить відповідні записи у дублікат дозволу на придбання вогнепальної зброї, газових пістолетів (револьверів) і книгу обліку. Вони засвідчуються підписом продавця і штампом магазину із зазначенням дати продажу цих предметів.

Боєприпаси до мисливської вогнепальної зброї, мислив­ські ножі, патрони до газових пістолетів (револьверів) у мага­зинах продаються організаціям після пред'явлення дозволу органів внутрішніх справ на зберігання вогнепальної зброї, газових пістолетів (револьверів), доручення і документа, який засвідчує особу — представника організації.

Продаж мисливських ножів громадянам, які вже мають у власному користуванні мисливську вогнепальну зброю, здійснюється на підставі дозволів на її зберігання. При цьому у розділі "Особливі відмітки" такого дозволу адміністрація магазину ставить штамп. Придбані таким способом мис­ливські ножі громадяни зобов'язані у 10-денний термін зареєструвати в органі внутрішніх справ за місцем проживан­ня. Про реєстрацію придбаних мисливських ножів в органі внутрішніх справ робиться відповідна відмітка в картці-заяві

***236* Глава *8***

облікової справи власника такої мисливської вогнепальної зброї, а у розділі "Особливі, відмітки" дозволу на її зберігання ставиться штамп.

Записи про продані боєприпаси до мисливської зброї та патрони до газових пістолетів (револьверів) здійснюються у дозволі на зберігання зброї і вказаних спеціальних засобів.

**§ 4. Загальна характеристика законодавства про захист прав споживачів**

Прийнятий Верховною Радою України 12 травня 1991 р. Закон УРСР "Про захист прав споживачів" був введений у дію постан9вою Верховної Ради з 1 травня 1991 р.1. Звичайно, цей закон містив багато прогресивних положень, спрямованих на посилений захист прав громадян-споживачів. Водночас у ньому було допущено ряд істотних прорахунків, зумовлених відсутністю досвіду в такій сфері нормотворчості. Тому вже 15 грудня 1993 р. до Закону України "Про захист прав споживачів" було внесено істотні зміни та доповнення2.

Закон України "Про захист прав споживачів" у редакції від 15 грудня 1993 р. набув завершеності і логічності. В ньому були також заповнені окремі прогалини в регулюванні відно­син з участю громадян-споживачів. Це, безумовно, не озна­чає, що після внесення таких істотних змін зникла потреба в подальшому вдосконаленню Закону. Цей процес відбувати­меться й далі. Більше того, після 15 грудня 1993 р. до цього закону вже було внесено кілька нових змін, які, однак, не відзначалися масштабністю і не змінювали його ідеологію.

Закон України "Про захист прав споживачів" (у редакції 1993 р.) складається з преамбули, трьох розділів :"3агальні

' Оскільки в (системі споживчого законодавства центральне місце займає Закон "Про захист прав споживачів", то саме на аналізі його норм буде зосереджено головну увагу в даному дослідженні.

2 Відомості Верховної Ради України. — 1994. — № 1. — Ст. 1—2.

Купівля-продаж у роздрібній торгівлі 237

положення", "Права споживачів та їх захист", "Громадські організації споживачів (об'єднання споживачів)" та містить всього 26 статей1. Закон "Про захист прав споживачів" 1991 р. також складався з преамбули, двох розділів з ідентич­ними назвами та третього розділу "Об'єднання споживачів", але містив лише 18 статей.

У преамбулі Закону України "Про захист прав споживачів" зазначається, що він регулює відносини між споживачами товарів (робіт, послуг) і виготовлювачами (виготівниками), виконавцями, продавцями в умовах різних форм власності, встановлює права споживачів та визначає механізм реаліза­ції державного захисту їх прав.

Дещо по-іншому визначав предмет регулювання цих відно­син Закон 1991 р., в якому було записано: "Цей закон визна­чає загальні правові, економічні та соціальні основи захисту прав громадян-споживачів продукції (товарів, робіт, послуг) в умовах різноманітності форм власності, товарно-грошових і ринкових відносин у сфері торговельного та інших видів обслуговування".

Аналізуючи зміст наведених положень, не можна дати однозначну позитивну оцінку оновленому положенню преам­були в редакції 1993 р. Воно більш лаконічне, не переобтяже­не зайвими поняттями. Водночас оновлена ч. 1 преамбули, порівняно з її попередньою редакцією, не позбавлена деяких вад. Зокрема, правило про те, що Закон України "Про захист прав споживачів" регулює відносини між споживачами товарів (робіт, послуг) і виготовлювачами, виконавцями, про­давцями не відповідає дійсному змістові цього закону, адже він не тільки регулює відносини між зазначеними суб'єктами, а й визначає обов'язки господарюючих суб'єктів (виготовлю­вачів, виконавців, торговельних підприємств) поза межами цивільних правовідносин, що виникають між ними та спожи­вачами. Такими є, зокрема, статті 5—11 та 13 Закону України "Про захист прав споживачів". Невиправданим стало також вилучення посилання на те, що Закон спрямований на захист прав громадян-споживачів, адже саме для них встановлю-

' Надалі посилання на норми Закону України "Про захист прав споживачів" здійснюватимуться у редакції 1993 р.

238 Глава 8

ються привілеєві права, саме вони є суб'єктом посиленого державного захисту у цій сфері відносин.

З урахуванням викладеного, 1 ч. преамбули бажано було б викласти у такій редакції: Цей закон регулює відносини між громадянами — споживачами товарів (робіт, послуг) і виго­товлювачами, виконавцями, продавцями в умовах різних форм власності, визначає вимоги, яким мають відповідати товари (роботи, послуги), встановлює обов'язки уповноваже­них державних органів, права споживачів та визначає засоби реалізації державного захисту їх прав.

У зв'язку з вищевикладеним, виникають певні сумніви і щодо правомірності назви самого Закону, адже в ньому містяться як норми позитивного регулювання, так і норми, які застосовуються лише у разі порушення прав споживачів. Тому було б юридичне коректніше даний закон назвати:

"Закон про права споживачів-громадян та їх захист". Нинішня ж назва Закону зобов'язує давати йому довільне розширене тлумачення.

Заслуговує на підтримку прагнення законодавця дати визначення основних понять даного закону, що сприяє їх єдиному тлумаченню. Так, споживачем визнається грома­дянин, який придбаває, замовляє, використовує або має намір придбати чи замовити товари (роботи, послуги) для власних побутових потреб. Звідси випливає, що споживачами за цим законом мають визнаватися лише громадяни, які вчиняють чи мають вчинити зазначені дії з метою використання товарів, робіт, послуг для власних побутових потреб.

Наведене визначення породжує одразу кілька проблем. По-перше, невідомими є критерії встановлення факту при­дбання, замовлення, використання товарів, робіт, послуг для власних побутових потреб. Зокрема, як бути, коли ці дії вчинені для задоволення потреб членів сім'ї, колег по роботі, навчанню тощо? Очевидно, законодавець мав на увазі не визнавати споживачами тих покупців, замовників, які набу­вають, замовляють товари, роботи, послуги не з метою вико­ристання у підприємницькій діяльності. У такому разі щодо цього припущення мало б бути в Законі зроблено застере­ження. Однак і тоді не можна повністю уникнути невизначе­ності у питанні правових наслідків придбання (замовлення) громадянином товару (послуг) з тією чи іншою метою вико-

***Купіяля-продаж у роздрібній торгівлі 239***

ристання "їх. Наприклад, як бути, коли громадянин придбав у торговельного підприємства трактор чи іншу техніку для влас­них побутових потреб, а фактично використовував у під­приємницькій діяльності і навпаки. На наш погляд, вирішальне значення тут має надаватися не лише меті придбання товару, а тому фактові, в якому статусі перебував громадянин, укла­даючи угоду. Тобто, якою в угоді громадянин виступав сторо­ною (покупцем) як підприємець, то на його відносини з про­давцем норми Закону України "Про захист прав споживачів" не повинні поширюватися.

Ця проблема була менш гострою в Законі 1991 р., в якому давалися також визначення понять "покупець" і "замовник". Так, покупцем визнавався громадянин, який набував продук­цію за договором купівлі-продажу, а замовником — грома­дянин, який замовляв роботи або послуги. Законодавчі роз'яснення змісту цих термінів вносило більшу певність щодо кола покупців і замовників, права яких мають захищатися за законодавством про захист прав споживачів. Тому, врахову­ючи все викладене, можна зазначити, що споживач— це гро­мадянин, який не як підприємець придбаває (набуває), за­мовляє, використовує або має намір придбати чи замовити товари (роботи, послуги) для власних побутових потреб. При цьому під власними побутовими потребами необхідно розу­міти також потреби членів сім'ї, родичів, інших осіб. Думає­ться, що і в тих випадках, коли громадянин набував у роздрібній торговельній мережі товар з метою майбутнього використання у підприємництві, але через певні обставини фактично використовував для власних побутових потреб, він також має право на захист згідно з Законом України "Про захист прав споживачів".

Відповідно до преамбули Закону продавцем є підприєм­ство, установа, організація або громадянин-підприємець, які реалізують товари за договором купівлі-продажу, а виконав­цем — підприємство, організація, установа або громадянин-підприємець, що виконують роботи або надають послуги.

Наведені термінологічні визначення не можна визнати вдалими, адже за ними до продавців чи виготовлювачів необ­хідно зарахувати будь-які підприємства, організації, установи (громадяни-підприємці), в тому числі і ті, для яких торговель­на діяльність, та чи інша діяльність з надання побутових послуг

***240 Глава 8***

не є професійною, а має разовий або нерегулярний характер. Наприклад, цукровий завод продає своєму працівникові ав­томашину, яка вже протягом кількох років була у користу­ванні заводу. Законодавче термінологічне визначення понят­тя "продавець" дає підстави поширити на дану угоду купівлі-продажу правила Закону України "Про захист прав спожи­вачів". Однак, навряд чи доцільно на таку угоду поширювати дію цього закону, адже споживче законодавство за своїм призначенням має обмежену сферу регулювання і не повин­но стосуватися продавців і виконавців, які не є профе­сіоналами у тому чи іншому виді діяльності і не займаються роздрібною торгівлею чи наданням інших побутових послуг населенню.

Отже у випадках разового надання торговельних послуг громадянам суб'єктами підприємництва — непрофесіонала-ми повинні діяти відповідні загальні норми цивільного законо­давства. За таких умов громадянин-покупець не матиме піль­гових умов захисту, але його права будуть все-таки захищені цими нормами цивільного права, яке однаковою мірою захи­щає права і продавця, і покупця.

У преамбулі Закону розкривається також зміст договору, який розглядається як усна чи письмова угода між спожива­чем і продавцем (виконавцем) про якість, строки, ціну та інші умови, за якими здійснюються купівля-продаж, роботи та послуги, та який може оформлятися квитанцією, товарним чеком або іншими письмовими документами. Майже у такій редакції містилося термінологічне визначення в Законі 1991 р. Однак, в обох випадках не було особливої потреби у такому термінологічному роз'ясненні, оскільки воно не додає нічого нового порівняно з тим, що з цього приводу вже є у цивільному законодавстві.

Загалом же в Законі 1991 р. містилося 10 термінологічних визначень (споживач, покупець, замовник, продукція, виго­товлювач, виконавець, продавець, договір, державний стан­дарт, нормативно-технічна документація), а в Законі 1993 р. їх стало 7 (споживач, виготовлювач, виконавець, продавець, договір, недолік, істотний недолік). І все-таки не всі новели у цій частині чи скасовані терміни виявилися виправданими. Так, передчасно законодавець відмовився від роз'яснень термінів "державні стандарти", "нормативно-технічна доку-

Купівля-продаж у роздрібній торгівлі 241

ментація", безпідставно зберіг визначення договору. Але ціл­ком обгрунтовано запроваджені визначення термінів "недо­ліки" та "істотні недоліки".

Розділ 1 "Загальні положення" складається лише з двох ста­тей (статті *Л* і 2) організаційно-технічного змісту. Так, у ст. 1 зазначається, що законодавство України про захист прав споживачів складається з цього закону та інших актів законо­давства, що видаються відповідно до нього.

Безперечно, центральне місце у системі споживчого зако­нодавства займає Закон України "Про захист прав спожива­чів", норми якого становлять основний зміст споживчого права. Саме він встановлює визначальні принципи правово­го регулювання відносин за участю громадян-споживачів та окреслює соціальне необхідні потреби і юридичне допустимі межі їх пільгового захисту. Норми інших законів, зокрема про захист від недобросовісної реклами, про запобігання моно­полізму, лише прямо чи опосередковано сприяють реалізації споживачами своїх прав.

Особливе значення у системі споживчого законодавства мають норми ЦК України, які встановлюють правила укладен­ня договорів купівлі-продажу, підряду, схову та інших угод у сфері побутового обслуговування, юридичну відповідальність за неналежне їх виконання чи невиконання. Правильне до­держання громадянином цих правил є надійною правовою га­рантією захисту їх порушених прав як споживачів. Навіть не­зважаючи на те, що поки що діє Цивільний кодекс 1963 р., окремі його норми зберігають своє праворегулююче значен­ня й нині. У проекті нового ЦК України чільне місце займають норми щодо захисту прав споживачів. Однак у ньому вміщено лише норми цивільно-правової приналежності. Адміністра­тивно-правові норми мають бути об'єктивно відображені в адміністративному та інших галузях законодавства. При цьому доцільно зберегти Закон України "Про захист прав споживачів", який є комплексним нормативним актом і містить норми різних галузей права.

Важливе значення для захисту прав споживачів мають По­ложення про порядок тимчасового припинення діяльності під­приємств сфери торгівлі, громадського харчування і послуг, які систематично реалізують недоброякісні товари, пору­шують правила торгівлі та надання послуг, умови зберігання

242 Глава 8

і транспортування товарів; Положення про порядок вилучен­ня неякісних товарів, документів та інших предметів, що свід­чать про порушення прав споживачів; Положення про поря­док припинення (заборони) господарюючим суб'єктам відвантаження, реалізації (продажу) і виробництва товарів, виконання робіт і надання послуг, цю не відповідають вимо­гам нормативних документів, затверджені постановою Вер­ховної Ради України від 25 січня 1995 р.1. Зазначені Поло­ження містять широкий спектр адміністративно-організа­ційних заходів, спрямованих на припинення порушень госпо­дарюючими суб'єктами, які так чи інакше призводять до реалізації споживачам неякісних товарів (послуг). Незважа­ючи на це, відповідні норми цих Положень теж входять у сис­тему споживчого законодавства, яке вже раніше ми визнали комплексним законодавством.

У Законі "Про захист прав споживачів" 1991 р. ст. 1 містила ще ч. 2, в якій зазначалося, що "у випадках, прямо зазначених у цьому Законі та інших законодавчих актах, заходи щодо реалізації прав споживачів можуть регулюватися постано­вами Кабінету Міністрів УРСР". Вилучення ч. 2 із ст. 1 Закону 1993 р. може створити враження про унеможливлення вре­гулювати окремі відносини з участю споживачів постановами Кабінету Міністрів України. Насправді це не так, адже безпо­середньо у тексті самого Закону 1993 р. є посилання на право Кабінету Міністрів своїми актами регулювати деякі відносини.

Закон України "Про захист прав споживачів" безпосе­редньо передбачає право Кабінету Міністрів України визна чати, встановлювати чи затверджувати:

1) порядок відбору у господарюючих суб'єктів сфери тор гівлі, громадського харчування і послуг зразків товарів, сиро вини, матеріалів тощо (ст. 5);

2) порядок проведення контрольних перевірок правиль ності розрахунків із споживачами за надані послуги та реалі зовані товари (ст. 5);

3) порядок накладення на господарюючих суб'єктів сфер торгівлі, громадського харчування і послуг стягнень, перед бачених ст. 23 Закону (ст. 5);

' Голос України. — 1995. — 14 лютого.

Купівля-продаж у роздрібній торгівлі 243

4) порядок та умови страхування службової особи держав­ного органу у справах захисту прав споживачів (ст. 10);

5) переліки сезонних товарів, гарантійні терміни за якими обчислюються з початку відповідного сезону (ст. 13);

6) перелік товарів для обмінного фонду (ст. 14);

7) перелік товарів, що не підлягають обмінові (поверненню) з підстав, визначених Законом (ст. 20);

8) правила торговельного, побутового та інших видів обслу­говування (виконання робіт, надання послуг).

Наведений обсяг компетенції Кабінету Міністрів України у сфері нормотворення не слід розглядати як вичерпний. Думається, що правовий вплив Кабінету Міністрів України *\* сфері захисту прав споживачів може бути значно ширший, якщо це спрямовано на реалізацію цих прав. Однак у будь-якому разі акти Кабінету Міністрів України не повинні супере­чити Закону України "Про захист прав споживачів" та іншим законам України. Безперечно, постанови Кабінету Міністрів України мають велике значення для ефективної реалізації споживачами своїх прав, визначених Законом України "Про захист прав споживачів", адже вони досить часто встановлю­ють конкретний механізм захисту порушених прав.

Не можна недооцінювати значення нормативних актів різних міністерств і відомств, зокрема Державного комітету України у справах захисту прав споживачів, Міністерства зовнішніх економічних зв'язків і торгівлі України, Державного комітету України по стандартизації, метрології та сертифіка­ції, Антимонопольного комітету України. Такі нормативні акти мають юридичну силу лише за умови їх державної реєстрації у Міністерстві юстиції України, яка здійснюється відповідно до Указу Президента України "Про державну реєстрацію нор­мативних актів міністерств та інших органів державної вико­навчої влади" від 3 жовтня 1992 р.1.

Як свідчить практика, саме відомчі нормативні акти є найменш структурно організованими, їх видають без додер­жання принципів побудови права, що ускладнює пошук та за­стосування їх правових норм. Крім того, здебільшого саме відомчі нормативні акти нейтралізують прогресивні, але де-

' Бюлетень нормативних актів міністерств і відомств України. -1995.— № 1. — Ст. 3.

244 Глава 8

кларативні норми того чи іншого закону шляхом встановлен­ня складних формальних процедур реалізації громадянами проголошених законами прав. Такій "нормотворчій" діяльності слід встановити надійний заслін, зокрема прове­денням правової експертизи незалежними експертами за до­рученням Мінюсту України.

Захист прав споживачів має здійснюватися також відпо­відно до вимог міжнародного права. Так, згідно зі ст. 2 Закону України "Про захист прав споживачів", якщо міжнародним договором України встановлено інші правила, ніж ті, що є в законодавстві України про захист прав споживачів, то на її території застосовуються правила міжнародного договору.

З проголошенням Україною незалежності перед державою постала проблема створити власну систему стандартизації, сертифікації, метрології та акредитації, яка могла б працю­вати в ринкових умовах, а також сприяла б входженню України у структури світової економіки і торгівлі.

Основні принципи світової торгівлі сформульовано у Гене­ральній угоді з тарифів і торгівлі (ГАТТ) та Угоді про технічні бар'єри в торгівлі (ТБТ). За цими угодами, кожна країна має право встановлювати власне технічне регулювання в інтере­сах національної безпеки, запобігання зловживанням, охоро­ни життя, здоров'я та безпеки майна громадян, охорони на­вколишнього середовища1. В Україні здійснюються необхідні заходи, спрямовані на приєднання до системи ГАТТ/СОТ.

Центральне місце в Законі України "Про захист прав спо­живачів" займає розділ II "Права споживачів та їх захист". Однак норми, які вміщені у цьому розділі, неоднорідні за своїм праворегулюючим значенням. Їх умовно можна поді­лити на:

1) *організаційно-правові,* які визначають повноваження Держкомітету України у справах захисту прав споживачів та інших органів державної виконавчої влади, обов'язки та від­повідальність службових осіб державних органів і правовий захист службових осіб Держкомітету у справах захисту прав споживачів та його органів (статті 5, 6, 7, 9 та 10);

' Див.: *Кисельова Т.* Технічне регулювання і рівноправність у торгів­лі. // Урядовий кур'єр. — 1996. — 26 грудня.

Купівля-продаж у роздрібній торгівлі 245

2) *правовстановлюючі норми,* які визначають права спо­живачів — переддоговірні, договірні та права у разі порушен­ня умов договору (статті 3,11—16,18—20);

3) *правозобов 'язуючі норми,* які зобов'язують продавців, виконавців, виготовлювачів забезпечити додержання певних вимог щодо якості товарів (послуг, робіт), безпеки, гарантій­них термінів до вступу в договірні відносини із споживачами (статті 12 і 13);

4) *праворегулюючі норми,* які регулюють відносини, що ви­никли між продавцями (виконавцями) і покупцями (замовни­ками) як сторонами договору, та визначають правові наслід­ки порушення прав споживачів (статті 14,15, 17, 20 та 23);

5) *правозахисні норми,* які встановлюють організаційно-процесуальні способи захисту порушених прав споживачів (статті 8, 9 та 24).

Такий поділ правових норм може сприяти їх раціональному застосуванню та подальшому структурному вдосконаленню законодавства про захист прав споживачів. У Законі України "Про захист прав споживачів" законодавець не завжди додер­жується принципу формування статей з норм однорідного змісту. Окремі статті містять споріднені норми правовстановлюючого, зобов'язального та іншого призначення, зокрема статті 13 і 14.

В розділі III, що складається з двох статей, законодавець визнав за громадянами право з метою захисту своїх закон­них прав та інтересів об'єднуватися у громадські організації та визначати їх повноваження.

Слід зазначити, що не всі статті Закону рівнозначні за своєю юридичною значимістю, а доцільність введення до нього окремих статей викликає сумніви. Так, зайвою є ст. 10, якою передбачається правовий захист службових осіб Дер­жавного комітету України у справах захисту прав споживачів та його органів. Норми цієї статті за своїм змістом та призна­ченням мають бути вилучені. Немає ніякої правової потреби також у розміщенні в зазначеному розділі статей 6—9, які визначають у загальній формі повноваження, обов'язки та відповідальність органів державної виконавчої влади та їх службових осіб щодо захисту прав споживачів, адже у викладеній редакції вони не несуть повного юридичного на­вантаження.

***246 Глава 8***

Основним же недоліком розділу II Закону, на наш погляд, є те, що в ньому законодавець розмістив різнорідні за своїм юридичним змістом та галузевою приналежністю статті мате­ріального 1 процесуального права. Різнорідність також при­таманна їхньому внутрішньому змістові. Звертає на себе увагу переобтяженість деяких статей великою кількістю норм (наприклад, ст. 14 містить 12 пунктів, ст. 15 — 10 пунктів, ст. 16 — 7 пунктів, ст. 18 — 7 пунктів), сформульованих бага­тослівне і непослідовно, що ускладнює сприйняття цих норм. Цьому сприяла також спроба законодавців об'єднати норми по захисту прав споживачів у торговельному та інших видах обслуговування громадян-споживачів.

Між тим, закон колишнього Союзу РСР "Про захист прав споживачів", хоч багато в чому не збігається із Законом України "Про захист прав споживачів", все ж має такі самі недоліки1, що свідчить про недостатність наукового досвіду у цій галузі нормотворення. Однак, законодавцям Російської Федерації в Законі "Про захист прав споживачів" від 5 грудня 1995 р.2 вдалося більш раціонально і послідовно побудувати систему цього законодавчого акта. Він складається з преам­були (майже ідентичній преамбулі українського Закону в редакції 1993 р., в якому не знайшлося легального визначен­ня поняття "стандарт"), глави 1 "Загальні положення", глави 2 "Захист прав споживачів при продажу товарів споживачам", глави 3 "Захист прав споживачів при виконанні робіт (наданні послуг)" та глави 4 "Державний і громадський захист прав споживачів".

Аналізуючи обидва закони (український і російський), на наш погляд, є підстави відзначити, що збігаючись змістовно, вони містять істотні структурні розбіжності. При цьому опти­мальнішими уявляються окремі рішення, запропоновані в За­коні Російської Федерації, зокрема ті, що стосуються його структурної побудови. Юридичне виправданим, насамперед,

1 Цей закон складався з преамбули 1 трьох розділів ("Загальні положен­ня", "Права споживачів та їх захист", "Громадські об'єднання споживачів"), які налічували 18 статей. Такий самий поділ притаманний фактично й українському Закону, крім кількості статей.

2 Ведомости сьезда народных депутатов Российской Федерации. — 1992. — № 15. — Ст. 766.

Купівля-продаж у роздрібній торгівлі 247

є розмежування правового захисту споживачів у торговель­ному обслуговуванні та в інших видах обслуговування.

З урахуванням викладеного, на наш погляд, доцільно було б внести відповідні зміни до чинного Закону України "Про захист прав споживачів"

**§ 5. Гарантійні та інші строки (терміни) як способи підвищеного захисту прав споживачів**

Відповідно до ст. 13 Закону України "Про захист прав споживачів" виготовлювач (виготівник) забезпе­чує нормальну роботу (застосування, використання) товару, в тому числі комплектуючих виробів, протягом гарантійного терміну1, встановленого законодавством, а в разі його відсут­ності — договором2.

При цьому гарантійні терміни на комплектуючі вироби по­винні бути не менші, ніж гарантійний термін на основний ви­ріб, якщо інше не передбачено законодавством чи договором.

Наведена норма не може бути визнана вдалою, оскільки з неї однозначно не випливає, що таке забезпечення "нор­мальної роботи" товару є обов'язком виготовлювача. Проте якщо виходити з назви ст. 13 — "Гарантійні зобов'язання", то відповідно це є обов'язком виготовлювача. У випадках,

1 У сучасній юридичній літературі наполегливо обґрунтовується думка про незбіг юридичного значення понять "строк" і "термін". Відповідно у проекті ЦК України строком визнається період у часі, зі сплином якого пов'язана певна дія або подія, що має юридичне значення, а терміном — момент у часі, з настанням якого пов'язана певна дія або подія, яка має юридичне значення. Думається, що дана проблема зумовлена особливос­тями української мови оскільки, зокрема, у російській мові подібного роз­межування у термінології не існує. Тому в паній праці поняття "гарантійні терміни", "терміни придатності"" вживатимуться у розумінні, ідентичному традиційним поняттям "гарантійні строки", "строки придатності".

2 У первісній редакції п. 1 ст. 6 Закону "Про захист прав споживачів" було сформульовано так: "Виготовлювач забезпечує нормальну роботу (застосування, використання) продукції, в тому числі комплектуючих виробів, протягом гарантійного строку, встановленого законодавством, державними стандартами та іншою нормативно-технічною документацією, а в разі їх відсутності — договором".

**248 *Глава 8***

передбачених законодавством, встановлення гарантійного терміну є обов'язковим для виготовлювача (водночас і для продавця). Очевидно під законодавством тут слід розуміти стандарти, технічні умови, які вимагають встановлення гарантійних термінів для певної категорії виробів.

Дещо інший підхід щодо встановлення та змісту гарантій­ного терміну зафіксований у Законі Російської Федерації "Про захист прав споживачів", у ст. 5 якого зазначається: "Виго­товлювач (виконавець) вправі встановлювати на товар (робо­ту) гарантійний термін — період, протягом якого у випадку виявлення в товарі (роботі) недопіку виготовлювач (викона­вець, продавець) зобов'язаний задовольнити вимоги спожи­вача". Таким чином, якщо в Російській Федерації зазначений закон надає право виготовлювачеві встановлювати на ті чи інші товари гарантійний термін, то українське законодавство передбачає обов'язковість для виготовлювача законодавче встановлених гарантійних термінів, хоч і не визначає коло таких товарів. Вважаємо, що в цьому аспекті українське за­конодавство має переваги, адже обов'язковість встановлен­ня гарантійних термінів щодо певної категорії товарів сприяє ефективнішому захистові прав споживачів.

Однак подальший аналіз п. 1 ст. 13 Закону України "Про захист прав споживачів" не дає підстав для її загальної пози­тивної оцінки, зокрема в тій частині, в якій стверджується, що виготовлювач "забезпечує нормальну роботу (застосування, використання) товару". Думається, що в даному випадку за­конодавець поклав на виготовлювача надто широкі обов'яз­ки, які він не зобов'язаний здійснювати і які фактично не за­безпечуються нормами примусу. Різний підхід до визначення суті гарантійного терміну простежувався в юридичній літера­турі радянського періоду. Зокрема гарантійний строк (термін) розглядався в одних випадках як строк, протягом якого поку­пець у разі виявлення недоліків проданої речі має право вимагати безоплатного усунення зазначених дефектів або заміни її річчю належної якості, або повернення речі і витре­бування сплаченої суми1, в інших— як строк, протягом якого

' Див.: Советское гражданское право. — М., 1968. — Т. 1. — С. 282;

Советское гражданское право. — М., 1985. — Т. 1. — С. 283 та ін.

Купівля-продаж у роздрібній торгівлі 249

боржник (продавець) відповідає перед кредитором за доброякісність переданої речі1.

У сучасній цивільно-правовій літературі спостерігається тенденція до підтримки поняття гарантійних строків, сформо­ваного в літературі радянського періоду, незважаючи на наявність законодавчого визначення поняття гарантійного терміну. Відповідно вважається, що суть гарантійного строку полягає в тому, що при виявленні у продукції протягом гаран­тійного строку відступів від умов договору про якість покупець на свій вибір може вимагати передбачених законом дій2. Така підтримка має підґрунтя, адже на виготовлювача (про­давця) можуть бути покладені не будь-які, а цілком конкретні обов'язки, передбачені законом.

Необхідно визнати некоректним в юридичному розумінні застосування поняття "нормальна робота" товару, оскільки фактично йдеться про обов'язок виготовлювача (продавця) гарантувати покупцеві можливість використання придбаного товару за призначенням. Тому, з урахуванням викладеного, гарантійний термін можна визначити як термін, встановлений законодавством або договором, протягом якого виготовлю­вач (продавець) зобов'язаний забезпечити споживачеві можливість використати придбаний товар за призначенням, а у разі виявлення протягом цього терміну недоліків — задо­вольнити вимоги споживача, передбачені законом.

У Законі України "Про захист прав споживачів" не визна­чаються товари, на які обов'язково мають встановлюватися гарантійні терміни. Думається, що в обов'язковому порядку повинні встановлюватися гарантійні терміни на всю побутову електроніку та іншу складну побутову техніку, що певною мірою запобігатиме побутовому травматизмові. У цьому за­коні мали б бути визначені орієнтовні критерії щодо обов'язковості встановлення гарантійних термінів.

Не визначає Закон України "Про захист прав споживачів" ні мінімальний, ні максимальний розмір гарантійного строку. Що стосується максимального гарантійного строку, то тут не

1 Див.: Юридический знциклопедический словарь. — М., 1984. — С. 58—59.

2 Див.: *Луць В.В.* Строки захисту цивільних прав. — Львів, 1993. — С. 4—20; Цивільне право. Загальна частина. — К., 1995. — С. 201; Граж­данское право Украйну. — Ч. 1. — Харьков, 1996. — С. 248.

**250 Глава 8**

повинно бути ніяких обмежень, адже виготовлювач чи прода­вець можуть його збільшувати на власний розсуд, що лише сприятиме підвищенню рівня захисту прав споживачів. Інша справа, яким має бути мінімальний гарантійний строк? Для відповіді на це запитання доречно звернутися до первісної редакції Закону 1991 р., у ст. 6 якого зазначалося, що всі види продукції повинні мати гарантійний строк, а якщо його не встановлено, слід вважати, що продукція має строк гарантії 18 місяців, який обчислюється від дати продажу або, якщо її не вказано, від дати випуску продукції.

Наведена редакція ст. 6 Закону 1991 р. не була позбавлена огріхів. Так, недоцільним уявляється правило про встанов­лення гарантійних строків на всі види продукції, оскільки для простих (технічно не складних) виробів у цьому немає потре­би, надто завищений був гарантійний строк (18 місяців) для тих випадків, коли виготовлювач (продавець) не встановив самостійно певного гарантійного строку. І все-таки ця норма стимулювала виготовлювачів до встановлення певного гарантійного строку, який міг бути і менший ніж 18 місяців.

Не дає відповіді на поставлене питання і проект нового ЦК України, в якому також немає критеріїв для встановлення мінімальних розмірів гарантійних строків. Однак, чинний ЦК України може дати підстави для певних висновків. Так, відповідно до ст. 235 ЦК (у редакції від 15 липня 1994 р.) поку­пець має право заявити продавцеві претензію з приводу того, що він не зробив застереження щодо недоліків проданої речі, на яку не встановлений гарантійний строк, якщо недоліки були виявлені протягом шести місяців, відносно нерухомого майна — не пізніше трьох років з дня передачі їх покупцеві, а якщо день передачі нерухомого майна встановити не­можливо або коли майно перебувало у покупця до укладення договору купівлі/продажу — з дня укладення договору купівлі-продажу.

Подібна норма міститься у п. 4 ст. 13 Закону України "Про захист прав споживачів". У ньому записано, що стосовно товарів, на які гарантійні терміни не встановлено, споживач має право пред'явити продавцеві відповідні вимоги, якщо недоліки були виявлені протягом шести місяців, а щодо неру­хомого майна — не пізніше трьох років з дня передачі їх спо­живачеві. Особливістю цієї норми є те, що \_тут можливість пред'явлення претензійних вимог не поставлена у залежність

***Купівля-продаж у роздрібній торгівлі 251***

від того, чи зробив продавець застереження щодо недоліків, чині.

Наведений шестимісячний (трирічний щодо нерухомості) строк, хоч і названий претензійним, але цілком правомірним може бути висновок, що будь-яка річ має зберігати свої функціональні можливості, тобто зберігати якості, обумовлені при укладенні договору. Тому можна припустити, що за за­гальним правилом гарантійний строк у будь-якому разі не повинен бути менший ніж шість місяців, адже гарантійні строки засвідчують підвищені зобов'язання продавця щодо якості продаваних товарів. Як правило, гарантійні строки на складну побутову техніку встановлювалися один рік і більше. Водночас іноді встановлювалися гарантійні строки менші ніж 6 місяців, зокрема щодо взуття та інших швидкозношуваних

виробів1.

Якщо законодавство встановлює певний гарантійний строк, то виготовлювач або продавець безперечно має право його збільшувати. Думається, що дане правило бажано було б закріпити в Законі України "Про захист прав споживачів", оскільки це сприяло б підвищенню конкурентоспроможності товарів.

Принципово новий підхід до встановлення строків пред'яв­лення вимог у зв'язку з недоліками проданого товару закла­дено у проекті нового ЦК України. Так, відповідно до ст. 710 проекту ЦК України, якщо на товари не встановлено гарантійний строк або строк придатності, вимоги, пов'язані з недоліками, покупець може пред'явити за умови, що недоліки у проданому товарі були виявлені в розумний строк, але в межах двох років, а щодо нерухомого майна — не пізніше ніж через три роки з дня передання товару покупцеві, якщо триваліші строки не визначені законом або договором. Хоч даний строк і не називається претензійним, але сумнівів у тому, що він є саме таким не може бути. Якщо це так, то дворічний строк, встановлений для пред'явлення вимог у зв'язку з недоліками проданого товару (фактично претензії), є надмірно високий. За таких умов може виявитися, що гарантійний строк, як спосіб підвищеного захисту прав

1 Правила обміну взуття вітчизняного виробництва і імпортного, придбаного в магазинах державної і кооперативної торгівлі від ЗО січня 1980 р.

***252 Глава 8***

покупців, буде в багатьох випадках менший порівняно із загальнопретензійним або дорівнюватиме йому1.

Запропонована норма запозичена з Віденської конвенції 00Н про договори купівлі-продажу товарів 1980 р., ст. 39 якої встановлює обов'язок покупця заявити претензію про невідповідність товару законним або договірним умовам у розумний строк після виявлення або можливого виявлення покупцем цих невідповідностей, але у будь-якому разі у строк, який не може перевищувати 2 років. У Віденській конвенції не передбачається, щодо яких товарів претензійний строк може бути менший 2 років, а також немає прямого застере­ження щодо можливості поширення цього правила на товари з гарантійним строком.

В Україні, як у державі з перехідною економікою, такий строк може виявитися надто великим, адже загальновідомо, що рівень якості товарів забезпечується насамперед науко­во-технічним рівнем виробництва. Між тим, навіть в індустріальне високорозвинутих країнах з обережністю підхо­дять до визначення претензійних строків. Так, у Франції вста­новлюється "короткий строк" для пред'явлення претензії щодо неналежної якості товару, який у судовій практиці становить кілька місяців, у ФРН — 6 місяців. Правда, в англо-американському праві діє "розумний строк", який у США не може перевищувати 2 років2.

Норми Віденської конвенції відображені і в новому Цивіль­ному кодексі Російської Федерації. Так, у ст. 477 цього кодек­су записано, що якщо на товар не встановлено гарантійний строк чи строк придатності, вимоги, пов'язані з недоліками товару, можуть бути пред'явлені покупцем за умови, що вони були виявлені в розумний строк, але в межах двох років з дня передачі товару покупцеві або в межах тривалішого строку,

Як свідчить аналіз технічної документації на вироби, що реалізуються у роздрібній торгівлі, гарантійні строки на вироби вітчизняного вироб­ництва (в тому числі і радянського періоду) здебільшого коливаються в межах 1—3 років. Так, на парасольку (ЖСз к ПА) він встановлений 12 місяців, на канцелярську друкарську машинку "Листвиця" — 24 місяці, на електросоковижималку СВП-2 — ЗО місяців, на холодильник "ОКА-6М" — 36 місяців.

Див.: Гражданское и торговое право капиталистических государств- — М„ 1993. — С. 332.

Купівля-продаж у роздрібній торгівлі 253

якщо такий встановлений законом або договором купівлі-продажу.

На наш погляд, запровадження в Україні такого критерію претензійного порядку як звернення покупця з претензією у "розумний строк" було б передчасним, адже історично у правовій системі СРСР і УРСР він ніколи не застосовувався, не мав і не може мати у правозастосовчій практиці свого реального юридичного тлумачення. Не можна не враховува­ти й того, що в товарообігу перебувають товари як тривалого, так і короткотривалого користування, для яких практично не­можливо фізичне використання протягом дворічного строку. Тому введення ст. 235 ЦК УРСР претензійного 6-місячного строку було цілком обгрунтованим, а застосування на прак­тиці підтвердило правомірність вибору. Виготовлювачі, які можуть забезпечити високу якість виготовлюваної продукції, завжди мають можливість самостійно встановити підвищені гарантійні зобов'язання або передбачити їх у договорі з покупцями.

Слід відзначити, що претензійний строк — це строк для добровільного задоволення вимог покупця, який виявив недоліки у межах цього строку.

Крім того, покупець має право задовольнити свої вимоги в судовому порядку в межах строків позовної давності (до речі, також скорочених).

Заради справедливості варто зазначити, що в новому ЦК РФ закріплення загального дворічного претензійного строку має певний позитивний аспект, який знайшов своє відображення у п. 5 ст. 477, згідно з яким покупець несе відповідальність і за недоліки, виявлені у товарі, на який вста­новлено гарантійний строк, і поза межами гарантійного стро­ку, але в межах загального претензійного дворічного строку. Таким чином, за такого підходу немає сенсу встановлювати гарантійний термін менший ніж 2 роки. Однак така норма також не може бути абсолютно і єдино правильною, адже є багато виробів, які за такий строк зношуються і потребують або оновлення, або заміни.

Гарантійний строк зазначається в паспорті на товар, на його етикетці чи у будь-якому іншому документі, що додається до товару. Гарантійні строки обчислюються з дня роздрібного пропажу. Однак на сезонні товари (одяг, хутряні вироби, взут­тя та інші) гарантійний строк обчислюється з початку відпо-

**254 Глава 8**

відного сезону, що встановлено постановою Кабінету Мініст­рів України від 19 березня 1994 р. Згідно з цією постановою затверджено перелік сезонних товарів, гарантійні строки для яких обчислюються з початку відповідного сезону, а саме: на одяг, хутряні та інші вироби весняно-літнього асортименту — з 1 квітня, осінньо-зимового асортименту — з 1 жовтня; на взуття зимового асортименту — з 15 листопада по 15 берез­ня, весняно-осіннього асортименту — з 15 березня по 15 травня, літнього асортименту— з 15 травня по 15 вересня.

Захист прав споживачів на якісний товар здійснюється також шляхом встановлення термінів придатності і термінів служби (експлуатації).

Відповідно до п. 2 ст. 13 Закону України "Про захист прав споживачів" термін придатності встановлюється для медика­ментів, харчових продуктів, виробів побутової хімії, парфю-мерно-косметичних та інших товарів, споживчі властивості яких можуть з часом погіршуватися і становити небезпеку для життя, здоров'я, майна і навколишнього середовища, який зазначається на етикетках, упаковці або в Інших доку­ментах, що додаються до них при продажу, і який "вважається гарантійним терміном". На відміну від гарантійного терміну, термін придатності обчислюють від дати виготовлення (а не від дати продажу), яка також має бути вказана на етикетці або в інших документах і визначається або часом, протягом якого товар придатний для використання, або датою, до на­стання якої товар придатний для використання.

Законодавець фактично визнав термін придатності гаран­тійним терміном, що було підтримано і в юридичній літера­турі1. Однак з таким підходом не можна погодитись, адже ці терміни мають абсолютно різне призначення, неоднаковий початок перебігу та різні правові наслідки закінчення цих термінів.

Різниця між ними Насамперед полягає в тому, що якщо з перебігом гарантійного терміну товар може не втрачати своїх властивостей і може використовуватися в майбутньому впродовж невизначеного часу, то з перебігом терміну при­датності товар, як правило, втрачає свої властивості, що

Див.: Кройгор В.А. Защита прав потребителя. — Харьков, 1996.

С. 15.

***Купівля-продаж у роздрібній торгівлі 255***

робить неможливим його використання за призначенням. Крім того, якщо у товарі виявлено недоліки у період дії гаран­тійного терміну їх можна усунути шляхом ремонту, однак, як правило, не можна виправити недоліки, які виявлено в това­рах у межах терміну придатності. Цей висновок підтверджує Закон України "Про якість та безпеку харчових продуктів і продовольчої сировини" від 23 грудня 1997 р.1, згідно зі ст. 1 якого "строк придатності харчового продукту до споживан­ня — проміжок календарного часу, визначений виробником цього продукту", протягом якого показники харчового про­дукту повинні відповідати нормам і правилам, чинним в Україні, у разі додержання відповідних умов зберігання. Як бачимо, у цьому законі строк придатності не отожнюеться з гарантійним терміном (строком).

У законодавстві, зокрема про торговельну діяльність, досить часто вживається поряд з поняттям "термін придат­ності" поняття "термін реалізації" (пункти 29, ЗО, 40 і 41 По­рядку заняття торговельною діяльністю і правил торговельно­го обслуговування населення). При цьому не проводиться правового розмежування між цими поняттями. Дещо інший підхід спостерігається у Правилах продажу продовольчих товарів, затверджених наказом МЗЕЗторгу України від 28 грудня 1994 р. № 237, в яких зазначаються лише *строки реалізації* окремих груп продовольчих товарів. Це відповідно створює враження відсутності взаємозалежності між ними та їх повну самостійність. Насправді це не так, оскільки терміни придатності і терміни реалізації тісно взаємопов'язані. Вста­новити термін реалізації товару у торговельній мережі не­можливо без визначення відповідними нормативними припи­сами термінів придатності, тобто первісним є термін придат­ності, а похідним — термін реалізації.

Так, згідно з п. 1.7 Правил продажу продовольчих товарів кожна партія продукції має супроводжуватися документами, в яких зазначаються дата виготовлення і час виходу хліба з печі, від якого відраховується строк реалізації. Проте і термін придатності за Законом України "Про захист прав спожива­чів" має обчислюватися від дати виготовлення. Однак на практиці термін реалізації може виявитися меншим, порівня-

' Відомості Верховної Ради України. — 1998. — № 19. — Ст. 98.

***256 Глава 8***

но з терміном придатності. Наприклад, торговельне підприєм­ство одержало 1 квітня 1996 р. макаронні вироби, виготовлені 1 січня 1996 р„ на які встановлено 12-місячний термін придатності. За таких умов залишковий термін реалізації тор­говельним підприємством даного товару становить дев'ять місяців. У зв'язку з цим постає також питання про можливість збігу кінцевих термінів придатності і реалізації. На нашу думку, термін реалізації має встановлюватися таким чином, щоб для використання проданого товару залишався певний термін придатності, адже продаж його у момент закінчення терміну придатності фактично позбавляв би споживача можливості використати цей товар. Однак у будь-якому разі у Правилах продажу продовольчих товарів має бути врахова­но положення законодавства про захист прав споживачів, яке надасть юридичного значення термінам придатності, а не термінам реалізації. Це можна зробити шляхом визначення співвідношення цих понять або заміни терміну реалізації на термін придатності.

Закон України "Про захист прав споживачів" передбачає ще один термін — *термін служби* товару. Так, виготовлювач зобов'язаний забезпечити можливість використати товар за призначенням протягом терміну його служби, передбаченого нормативним документом або встановленого ним за домов­леністю із споживачем, а в разі відсутності таких термінів — протягом 10 років. Для цього він повинен забезпечити тех­нічне обслуговування та гарантійний ремонт товару, а також випуск і поставку для підприємств, що здійснюють технічне обслуговування та ремонт, у необхідних обсягах і асортименті запасних частин протягом усього терміну його виробництва, а після зняття з виробництва — протягом терміну служби, в разі відсутності такого терміну — протягом 10 років (ст. 12).

Термін служби товару не є гарантійним терміном, протя­гом якого виготовлювач зобов'язаний безоплатно усувати виявлені недоліки в товарі та забезпечувати використання його за призначенням. Такий обов'язок покладається на виготовлювача (продавця) лише у межах гарантійного терміну.

Звертає на себе увагу той факт, що термін служби товару (термін експлуатації) може визначатися на розсуд виго­товлювача. Думається, що експлуатаційний термін нині у будь-якому разі не може бути менший за гарантійний термін.

Купівля-продаж у роздрібній торгівлі 257

І все ж таки редакція ст. 12 Закону спонукає виготовлювачів самостійно встановлювати терміни служби товару, адже за таких умов вони можуть встановити їх значно меншими 10 років, знижуючи до мінімально можливих. З метою запобігання штучному заниженню термінів служби та підвищення ефективності захисту прав споживачів бажано було б, щоб Держстандарт визначив мінімальні межі термінів служби особливо важливих для населення товарів (зокрема, побутової техніки). Уявляється також надто завищеним максимальний термін служби у тому разі, коли він не вста­новлений виготовлювачем. Встановлення такого максималь­ного терміну служби має здійснюватися з урахуванням особливостей того чи іншого виду товару.

**§ 6. Правові способи та порядок відновлення прав споживачів, які придбали товар неналежної якості**

Способи відновлення прав споживачів, порушених внаслідок придбання ними товарів неналежної якості, визначені вже в проаналізованій нами ст. 14 Закону України "Про захист прав споживачів" під кутом зору засто­сування до продавця цивільно-правових санкцій за продаж такого товару. Проте є потреба повторити зміст цієї статті.

Таким чином, при виявленні недоліків-товару чи його фальсифікації протягом гарантійного чи інших термінів, уста­новлених правилами чи договором як обов'язкові для сторін, покупець має право *за своїм вибором* вимагати від продавця або виготовлювача (виготівника):

а) безоплатного усунення недоліків товару або відшко­дування витрат на Їх виправлення споживачем чи третьою особою;

б) заміни на аналогічний товар належної якості;

в) відповідного зменшення його купівельної ціни;

9 О. Дзера

258 Глава в

г) заміни на такий же товар іншої моделі з відповідним перерахуванням купівельної ціни;

д) розірвання договору та відшкодування збитків.

Перелічені вимоги, які може пред'являти покупець до про­давця, і становлять можливі способи відновлення його пору­шених прав у зв'язку з придбанням товару неналежної якості. З наведеного тексту випливає, що покупець має право на свій розсуд пред'явити будь-яку з перелічених вимог і у будь-якій послідовності. Ці вимоги у разі пред'явлення їх продавцеві, виготовлювачеві відповідно кореспондуються в обов'язок цих осіб виконати їх. Водночас для продавця вони являють собою міру відповідальності та інші цивільно-правові санкції, які у разі невиконання у добровільному порядку можуть бути реалізовані у примусовому порядку судовими органами.

Звертає на себе увагу той факт, що лише в одному випадку з п'яти (підпункт "д") прямо передбачається право покупця (споживача) вимагати відшкодування заподіяних йому збит­ків, причому у тому разі, коли він приймає рішення розірвати договір купівлі-продажу. У покупця можуть виникнути збитки і в інших випадках, не пов'язаних з вимогою про розірвання договору. Наприклад, на період ремонту придбаного з дефек­тами автомобіля (продавцем, споживачем, третіми особами) покупець змушений був узяти у прокатному пункті в оренду автомобіль, щоб продовжувати здійснювати свою професійну чи іншу діяльність. Стаття 14 Закону не дає однозначної відповіді щодо можливості стягнення з продавця витрат по орендній платі. Не містить відповіді на це питання і ст. 234 ЦК України, текст якої дещо відрізняється від ст. 14 Закону. Однак, на наш погляд, немає ніяких перешкод для застосу­вання загальних положень цивільного законодавства про те, які і в якому обсязі мають відшкодовуватися збитки (статті 203 і 215 ЦК). Це означає, зокрема, що відшкодуванню підлягають витрати, зроблені кредитором (у такому випад­ку — споживачем), втрата або пошкодження його майна, а також неодержані доходи, які б він одержав, якби боржник виконав зобов'язання.

На думку деяких юристів, при застосуванні за бажанням покупця правила ст. 234 ЦК України про безоплатне усунення продавцем недоліків у речі чи відшкодування витрат покупця на їх виправлення можливе задоволення додаткових вимог про відшкодування збитків, спричинених, зокрема, простоєм

***259***

Купівля-продаж у роздрібній торгівлі

речі (неможливість її використання)1. Підставою для такого висновку є ухвала судової колегії у цивільних справах Вер­ховного Суду України, якою було задоволене позов колгоспу ім. Мічуріна Хустського району Закарпатської області до Виноградівського районного підприємства матеріально-тех­нічного постачання про відшкодування витрат на усунення недоліків проданої речі і збитків, заподіяних простоєм трак­торів, на підставі загальних норм ЦК України, що регулюють правовідносини за договором купівлі-продажу (зокрема, ста­тей 233 і 234)2. Такий підхід до вирішення даної проблеми в юридичній літературі і судовій практиці безумовно заслуговує на підтримку і цілком прийнятний при вирішенні спорів за участю споживачів. Однак з метою усунення можливих сумнівів щодо можливості відшкодування збитків при засто­суванні правил підпунктів "а", "б", "в", "г" п. 1 ст. 14 Закону України "Про захист прав споживачів" у ній має бути закріп­лено застереження про право покупця (споживача) вимагати в усіх цих випадках стягнення збитків, завданих йому при­дбанням товару неналежної якості. Така пропозиція узго­джується із сформованою в Україні судовою практикою, уза­гальненою в постанові Пленуму Верховного Суду України ”Про практику розгляду цивільних справ за позовами про захист прав споживачів" від 12 квітня 1996 р.3, в якій зазна­чено, що "при вирішенні питання про відповідальність та про наявність і розмір збитків, заподіяних споживачеві у зв'язку з недоліками товару (робіт, послуг), суду належить виходити як із загальних, так і зі спеціальних норм законодавства (ста­тей 263,271,326,337,341,347,403,410, 412, 419,420 та 422 ЦК), а також з умов укладеного сторонами договору". Однак, як бачимо, серед перелічених спеціальних статей ЦК України не згадуються статті, що регулюють відносини купівлі-прода­жу. І це не випадково, адже у цих статтях практично немає норм, які б встановлювали якісь особливі правила щодо меж відповідальності продавця та обсягу відшкодовуваних збитків у зв'язку з продажем покупцеві товару неналежної якості. Очевидно законодавець не визнав за необхідне встановити

' Див.: Цивільне **право. *—4.2.—* К„ 1996. — С. 68.**

2 Право України. — 1992. — № 1. — С. 88—89.

3 Правовісник. Постанови Пленуму Верховного Суду України (січень 1995 р. — червень 1996 р.). — 1996. — № 1. — С. 102—114.

**9\***

***Глава 8***

щодо цих відносин особливе правове регулювання, хоч підстави для цього існують.

З огляду на сказане, не можна визнати абсолютно доско­налими з цього питання рішення, запропоновані у проекті но­вого ЦК України. Так, відповідно до ст. 708 проекту ЦК поку­пець, якому передано товар з недоліками, щодо яких не було зроблено застереження, має право на свій вибір зажадати від продавця:

1) співмірного зменшення купівельної ціни;

2) безоплатного усунення недоліків товару в розумний строк;

3) відшкодування своїх витрат на усунення недоліків товару.

У разі ж істотного порушення вимог щодо якості товару покупець також має право відмовитися від виконання дого­вору і вимагати повернення сплаченої за товар грошової суми або зажадати заміни товару неналежної якості на товар, що відповідає вимогам договору. У всіх зазначених випадках покупець має право на відшкодування завданих йому збитків.

Водночас у ст. 738 проекту ЦК України закладено принци­пово іншу концепцію відновлення прав покупця у разі прода­жу йому через систему роздрібної торгівлі товару неналежної якості, згідно з якою покупець (вважай — споживач) має право зажадати від продавця або виготовлювача виконання лише трьох вимог, а саме:

безоплатного усунення недоліків товару або відшко­дування витрат на їх виправлення покупцем чи третьою особою;

заміни недоброякісного товару на аналогічний товар на­лежної якості або на такий самий товар іншої моделі з відповідним перерахуванням купівельної ціни;

помірного зменшення купівельної ціни.

При цьому у зазначеній статті взагалі не передбачається можливість стягнення збитків при пред'явленні покупцем перелічених вимог. Можна було б припустити, що у цих випад­ках мають застосовуватися загальні правила вже згадуваної ст. 708 проекту ЦК України. Однак такий висновок щодо спів­відношення змісту статей 708 і 738 проекту ЦК є лише припу­щенням, правомірність якого в судовій практиці може викли­кати сумнів. Тому для позитивного вирішення даної проблеми у ст. 738 проекту ЦК необхідно було б зробити спеціальні за-

Купівля-продаж у роздрібній торгівлі 261

стереження про допустимість відшкодування збитків, заподія­них покупцеві, в усіх зазначених у ній випадках.

В статті 14 Закону України "Про захист прав споживачів" законодавець окремо наголошує, що стосовно непродоволь­чих товарів, що були у використанні та реалізовані через роздрібні комісійні торговельні підприємства, вимоги спожи­вача, зазначені у п. 1 ст. 14, задовольняються за *згодою про­давця.* Дану норму було внесено в Закон 1993 р. Таку новелу аж ніяк не можна визнати вдалою. Вона не лише суперечить основоположним принципам споживчого права, а й ст. 234 ЦК України, яка не ставить у залежність реалізацію прав покупця у разі придбання товару неналежної якості від факту перебування чи не перебування товару до продажу у користуванні.

ЦК України встановлює загальне правило про відповідаль­ність продавця за не застережені ним недоліки. Дане правило має повною мірою стосуватися також торговельної діяльнос­ті, здійснюваної комісійними магазинами. Звільнення комі­сійних магазинів від відповідальності за продаж товарів з не застереженими недоліками суперечить принципам цивільно­го права, яке встановлює правові наслідки у разі порушення тих чи інших умов договору, та порушує загальновизнані права споживачів. Комісійний магазин не повинен нести невигідні ті чи інші правові наслідки лише щодо застережених ним покупцеві недоліків. Інформація про це має бути дове­дена відповідним чином до покупця (наприклад, у приймаль­ній квитанції, окремій угоді тощо). У Правилах комісійної торгівлі непродовольчими товарами, затверджених наказом МЗЕЗторгу України від 13 березня 1995 р. відсутня така дискримінаційна норма. Однак у п. 5.5 Правил записано:

Товари, що були у користуванні, придбані в комісіонера, мо­жуть бути повернуті назад лише за згодою комісіонера"1. Без­умовно, у такій редакції наведена норма суперечить нормам ЦК України, які регулюють відносини купівлі-продажу, незва­жаючи на те, що вона стосується товарів, які вже були у користуванні.

Дещо по-іншому була вирішена дана проблема в законо­давстві радянського періоду. Так, відповідно до п. 2.2 Правил

Бизнес. — 1995. — № 12.

***262 Глава 8***

торгівлі в комісійних магазинах по продажу промислових товарів, затверджених наказом Міністерства торгівлі СРСР від 12 серпня 1968 р.1, речі, куплені в комісійному магазині, назад від покупців не приймалися, за винятком нових речей з дефектами, не виявленими під час прийняття речей на комісію, якщо річ поверталася не пізніше 48 годин після її купівлі. Тобто законодавство радянського періоду також не захищало належним чином права покупців, які купляли товари в комісійних магазинах. Це дає підстави вважати, що консерватизм у вирішенні проблеми прав покупців товарів у комісіонерів у Законі України Про захист прав споживачів" успадковано від радянської правової системи2.

Правомірність наших міркувань підтверджується змістом ст. 738 проекту ЦК України, у якій передбачається, що поку­пець, який придбав непродовольчі товари, що були в користу­ванні і реалізовані через роздрібні комісійні торговельні підприємства, про що він був поінформований продавцем, має право пред'явити зазначені в п. 1 цієї статті вимоги, якщо придбані товари мали істотні недопіки, не застережені про­давцем. Думається, що прийняття такого положення буде кроком уперед щодо захисту прав споживачів. Певною мірою першим кроком у цьому стало внесення змін до Правил комісійної торгівлі наказом МЗЕЗгоргу України від 8 липня 1997 р.3. Зокрема, п. 2.6 Правил доповнено такою нормою:

"Стосовно товарів, на які гарантійні терміни не встановлені, покупець має право пред'явити продавцю (виробнику) відпо­відні вимоги, якщо недоліки були виявлені протягом 6 місяців від дня передачі товарів покупцеві". Звичайно, дана норма стосується лише нових товарів.

Закон України "Про захист прав споживачів" встановлює відповідний порядок реалізації споживачем (покупцем) прав у разі придбання ним товару неналежної якості. Так, згідно з п. 2 ст. 14 Закону вимоги споживача, визначені у п. 1 цієї статті, пред'являються за вибором споживача: продавцеві—

' Основные правила торговли. — М., 1976. — С. 404.

2 Сказане не стосується товарів, переданих комісійними магазинами, на **які** збереглися **гарантійні** терміни. **Вимоги** щодо недопіків **таких** товарів задовольняються на загальних підставах.

3 Урядовий кур'єр. — 1997. — 6 листопада

Купівля-продаж у роздрібній торгівлі 263

за місцем купівлі товару, виготовлювачеві або підприємству, що виконує їх функції, — за місцезнаходженням споживача.

Таким чином, законодавець визнає три категорії суб'єктів, зобов'язаних виконувати вимоги покупців (споживачів). При цьому наведена норма сформульована таким чином, що надає покупцеві право обрати зобов'язану особу (продавця, виготовлювача чи їх представника). Звичайно, споживачам зручніше звертатися з відповідними вимогами до продавця, якщо торговельне підприємство розташоване за місцем їх проживання.

Закон окремо наголошує, що зазначені вимоги за місце­знаходженням споживача виконують також створені власни­ком продавця торговельні підприємства та філії, що здій­снюють продаж аналогічних придбаним споживачем товарів, або підприємства, на які ці функції покладено на підставі до­говору, а функції представників підприємств-виготовлювачів виконують їх представництва та філії, створені виготовлюва­чем з цією метою, або підприємства, які виконують вказані вимоги за договором з виготовлювачем. У Законі не йдеться про те, чи може покупець за наявності в його місцезнахо­дженні представника продавця чи виготовлювача звернутися зі своїми вимогами безпосередньо до них. Оскільки в зако­нодавстві прямої заборони щодо цього немає, то відповідь має бути лише позитивною. Безперечно, лише споживачеві належить право вирішувати до кого необхідно звернутися з вимогою про відновлення його порушених прав.

Закон зобов'язує продавця, виготовлювача (підприємство, що виконує їх функції) прийняти товар неналежної якості у споживача і задовольнити його вимоги. Звичайно такий обов'язок зазначених відповідальних осіб не спід розуміти буквально, адже вимога, з якою звертається споживач до цих осіб, є не що інше як претензія, тобто правова форма для добровільного відновлення порушених прав. Незважаючи на це, законодавець детально регламентує порядок реалізації споживачем пред'явлених вимог, а водночас і порядок вчи­нення дій продавцем, виготовлювачем (їх представником).

Так, **за** наявності товару вимога споживача про його заміну підлягає негайному задоволенню, а в разі потребі перевірити його якість — протягом 14 днів або за домов­леністю сторін. Коли ж необхідний товар у продавця відсутній, вимога споживача має бути задоволена у двомісячний термін

264 Глава 8

*з* часу відповідної заяви. Якщо ж таку вимогу задовольнити у встановлений термін взагалі неможливо, споживач має право за своїм вибором пред'явити продавцеві, виготовлю­вачеві (їх представникові) інші вимоги, передбачені Законом України "Про захист прав споживачів". Відповідно до п. 4 ст. 14 цього закону вимога споживача начебто має формалі­зуватися у вигляді заяви, хоч і не сказано якої — письмової чи усної. На наш погляд, це має бути письмова заява. Наявність її сприятиме захистові інтересів споживача, вона також підтверджує момент звернення споживача до продав­ця, що має значення для виявлення терміну перебування речі в ремонті.

Законодавець враховує також можливі коливання цін. У разі задоволення вимог споживача про заміну товару з недо­ліками на аналогічний товар належної якості, ціна на який змінилася, перерахунок вартості не проводиться, а при заміні товару з недоліками на такий же товар іншої моделі перера­хунок вартості має здійснюватися виходячи з цін, що діяли на час обміну. Якщо споживач вирішив розірвати договір, то у разі підвищення ціни на товар, розрахунки проводяться вихо­дячи з його вартості на час пред'явлення відповідної вимоги, а в разі зниження ціни — виходячи з вартості товару на час купівлі (ст. 14).

У разі придбання споживачем продовольчих товарів нена­лежної якості продавець зобов'язаний замінити їх на якісні товари або повернути споживачеві сплачені ним гроші, якщо вказані недоліки виявлені в межах терміну придатності (п. 6 ст. 14). Як бачимо, щодо продовольчих товарів неналежної якості у покупця обсяг вимог значно менший, порівняно з обсягом прав споживача (покупця) промислових товарів. У деяких випадках такий підхід законодавця цілком виправ­даний. Так, немає ніякої потреби зобов'язувати продавця, виготовлювача усувати недоліки продовольчого товару, адже зробити це практично неможливо через біологічні, хімічні, смакові та інші його властивості.

Значно важче пояснити відсутність у Законі посилання на можливість звернення покупця з вимогою відшкодувати заподіяні йому збитки. Цю прогалину може заповнити ст. 17 Закону України "Про захист прав споживачів", згідно з якою шкода, заподіяна життю, здоров'ю або майну споживача то­варами, що містять конструктивні, виробничі, рецептурні або

Купівля-продаж у роздрібній торгівлі 265

інші недоліки, підлягає відшкодуванню у повному обсязі, якщо законодавством не передбачено вищої міри відповідальності. Однак і в цьому випадку виникають певні проблеми, оскільки якщо продовольчим товаром неналежної якості майну спожи­вача завдана шкода (а це маловірогідно), то більш логічним було б застосування ст. 14 Закону, яка такої можливості, про що вже було зазначено, не передбачила. Не вносять визна­ченості у вирішення даної проблеми також Правила продажу продовольчих товарів, у п. 12 яких є лише загальна фраза про те, що у разі придбання споживачем продовольчих товарів неналежної якості продавець зобов'язаний замінити їх на якісні або повернути споживачеві сплачені ним гроші. Тут теж не йдеться про право споживача на відшкодування збитків. Можна в даному випадку застосувати й загальні положення цивільного законодавства про відповідальність за неналежне виконання боржником зобов'язання. Однак у будь-якому разі проблема відшкодування споживачам збитків, завданих про­довольчими товарами неналежної якості, ще потребує по­дальшого законодавчого вирішення.

Закон України "Про захист прав споживачів" зобов'язує продавця, виготовлювача безоплатно усунути недоліки това­ру (непродовольчого) протягом 14 днів з моменту пред'явлен­ня відповідної вимоги споживача або за згодою сторін в інший термін (п. 7 ст. 14). За бажанням споживача на час ремонту йому надається (з доставкою) аналогічний товар незалежно від моделі. Для цього виготовлювач разом з продавцем зобов'язані на договірній основі передбачити обмінний фонд товарів. Постановою Кабінету Міністрів України від 19 берез­ня 1994 р. затверджено Перелік товарів, з яких складається обмінний фонд1. До цього Переліку включено: телевізори, магнітоли, магнітофони, радіоприймачі, холодильники, моро­зильники, пральні машини, в'язальні машини, пилососи, елек­тропраски, електроміксери, електросоковижималки. При цьому за кожний день затримки усунення вимоги про надан­ня аналогічного товару та за кожний день затримки усунення недоліків понад установлений термін (14 днів) споживачеві виплачується неустойка у розмірі одної вартості товару.

' Бизнес.— 1994.—№ 12.

266 Глава і

Встановлення для продавців і виготовлювачів в імперативній формі обов'язку щодо створення обмінного фонду товарів безумовно вигідне для споживачів. Водночас не можна погодитись з категоричністю цього правила, яке не передба­чає ніяких винятків, не враховує особливостей перехідної економіки та ступеня готовності до його впровадження тор­говельними підприємствами. Загальновідомо, що сьогодні здійснюють (і будуть здійснювати) торгівлю побутовою техні­кою як великі спеціалізовані чи універсальні підприємства (супермаркети, універмаги), так і невеликі малопотужні магазини, особливо в сільській місцевості, які не спроможні створити такі обмінні фонди. До того ж, як свідчить практика, створюються вони лише у великих містах за участю виго­товлювачів та потужних торговельних підприємств з великим товарообігом і високим рівнем технічної оснащеності та тор­говельного обслуговування. Тому, на наш погляд, недоцільно зобов'язувати усіх продавців створювати обмінні фонди товарів, оскільки так чи інакше право споживачів користу­ватися ними у більшості випадків практично нездійсненне, а водночас і завідомо матеріально не забезпечене. Тому доцільно було б визначити відповідну категорію торговельних підприємств, для яких створення обмінного фонду товарів було б обов'язковим, наприклад з урахуванням товарообігу та кількості працюючих. Такі обмінні фонди прагнутимуть створювати добровільно також ті підприємства, які претенду­ють на високий рівень торговельного обслуговування.

На забезпечення прав споживачів спрямована норма, згідно з якою при усуненні недоліків шляхом заміни комплек­туючого виробу або складової частини товару, на які встанов­лено гарантійні терміни, гарантійний термін на новий комп­лектуючий виріб і складову частину обчислюється від дня видачі споживачеві товару після ремонту (п. 7 ст. 14 Закону). Що стосується основного виробу, то тут діє загальне правило ст. 13 Закону про те, що при виконанні гарантійних ремонтів гарантійний термін збільшується на час перебування товару в ремонті. Цей час має обчислюватися від дня, коли споживач звернувся з вимогою про усунення недоліків. За таких умов подовжується період, протягом якого здійснюватиметься підвищений захист прав споживача.

Законодавець надає споживачеві також право пред'явити виготовлювачеві вимогу про безоплатне усунення недоліків

Купівля-продаж у роздрібній торгівлі 267

товару і після закінчення гарантійного терміну, але в межах встановленого терміну служби (коли ж такий не був встанов­лений — протягом 10 років) ? якщо в товарі були виявлені істотні недопіки, допущені з вини виготовлювача (п. 8 ст. 14 Закону). У разі невиконання цієї вимоги споживача у 14-денний чи інший термін, обумовлений сторонами, споживач має право за своїм вибором пред'явити виготовлювачеві інші вимоги, встановлені п. 1 цієї статті. Прагнення законодавця встановити максимальні пільгові умови реалізації спожива­чами прав у разі придбання ними товарів неналежної якості заслуговує на повагу і всебічну підтримку, але за умови, що ці пільги не є надмірними та економічно й технічно обгрунто­вані. Зазначена норма може бути прийнятною для легкових автомобілів, мотоциклів, іншої техніки довготривалого вико­ристання. Водночас існують такі промислові товари, які пов­ністю зношуються протягом 10-річного терміну. Не враховує закон і умов та інтенсивності використання товару (на­приклад, у автомобілів — обсягу кілометражного пробігу)1. Отже, дана проблема потребує економіко-технічного обгрун­тування, а відповідно і подальшого правового врегулювання.

Згідно з п. 9 ст. 14 Закону "Про захист прав споживачів" вимоги споживача розглядаються після пред'явлення спожи­вачем квитанції, товарного чи касового чека або іншого пись­мового документа, а щодо товарів, на які встановлено гаран­тійні терміни, —технічного паспорта чи іншого документа, що його заміняє. В Законі, однак, нічого не сказано про те, чи є обов'язковим подання споживачем заяви (претензії), оскіль­ки законодавець в основному говорить про звернення спожи­вача до продавця, виготовлювача з тими чи іншими вимо­гами. Однак, у якій об'єктивні формі має бути викладена ця вимога, відповіді немає. Враховуючи, що з моментом звер­нення споживача з відповідними вимогами пов'язані певні правові наслідки (термін ремонту, заміни товару, нарахуван­ня неустойки тощо), це звернення має супроводжуватися поданням відповідної заяви, яка з правової точки зору може бути визнана претензією. Водночас ця претензія підтверджує здійснення продавцем чи виготовлювачем відповідних витрат

' Подібна норма закріплена також v Законі РФ "Про захист прав споживачів'.

268 Глава 8

по виправленню недоліків товару, відшкодуванню збитків тощо. Звичайно, немає ніяких юридичних перешкод для задо­волення вимог споживача і без такої письмової претензії, що цілком допустимо, копи між сторонами не існує спору щодо правомірності цих вимог. В інших же випадках подання відпо­відної претензії є необхідною умовою захисту споживачем своїх порушених прав.

Для визначення порядку пред'явлення претензій спожива­чами корисно звернутися до загальних положень цивільного законодавства. Так, відповідно до ст. 235 ЦК України "поку­пець вправі заявити продавцеві претензію з приводу недолі­ків проданої речі, що не були застережені продавцем до її передачі, негайно по їх виявленню, але не пізніше шести міся­ців з дня передачі речі (крім будинків). Покупець, який при­дбав річ в роздрібній торговельній організації з гарантійним строком може пред'явити продавцеві претензію з приводу не­доліків проданої речі, що перешкоджають її нормальному використанню, протягом цього гарантійного строку" (ст. 236 ЦК).

У законодавстві України та в юридичній літературі загаль­новизнаним є правило, що у спорах, де одним з учасників є громадянин (крім відносин з перевезень та надання послуг), пред'явлення претензій не є обов'язковим. Інше правило діє щодо спорів, які виникають з цивільних відносин між юридич­ними особами, для яких обов'язкове досудове пред'явлення претензій (наприклад, статті 5 і 6 АПК України), якщо інше не передбачено законом1. Відповідно до наведених статей 235 і 236 ЦК України і в цих випадках покупець не зобов'язаний пред'являти претензію, тобто він може відразу ж після виявлення недоліків звернутися до суду, який не має право відмовити у прийнятті позовної заяви покупця-громадянина.

Не передбачено якогось спеціального претензійного порядку розгляду заяв споживачів і в проекті нового ЦК України. У ст. 710 проекту ЦК встановлено лише загальні претензійні строки. Зокрема, відповідно до п. 2 цієї статті у разі, якщо на товари не встановлено гарантійного строку або строку придатності, вимоги, пов'язані з недоліками, можуть

' Див.: Цивільне право. — Ч. 1. — 1995. — С. 202; Гражданское право Украины. — Ч. 1. — 1996. — С. 248; *Луць В.В.* Строки захисту цивільних прав. — Львів, 1993. — С. 4—20.

***Купівля-продаж у роздрібній торгівлі 269***

бути пред'явлені покупцем за умови, що недоліки в продано­му товарі були виявлені у розумний строк, але в межах двох років (щодо нерухомого майна — трьох років) з дня передачі товару покупцеві, якщо триваліші строки не встановлені зако­ном або договором, а стосовно товарів з гарантійними стро­ками — у межах гарантійного строку (строку придатності). Як бачимо, принциповою новелою тут є встановлення загально­го максимального дворічного претензійного строку, з чим ми вже раніше висловили незгоду.

Найповніше сформульовано вимоги, яким має відповідати претензія, у відносинах між юридичними особами в ст. 6 АПК України1. Однак для пред'явлення претензій споживачами немає потреби у встановленні подібних вимог. Головне, щоб у ній містилися дані про заявника, виявлені недоліки та вимо­ги, які ставить споживач перед продавцем, виготовлювачем.

Правове значення претензії полягає насамперед у впливі на перебіг строку позовної давності. Так, позов з приводу не­доліків проданої речі може бути пред'явлений не пізніше шес­ти місяців з дня відхилення претензії, а якщо вона не заявле­на або день її заявлення встановити неможливо — не пізніше шести місяців з дня закінчення строку, встановленого для за-явлення претензії (ст. 237 ЦК). Такий спеціальний порядок встановлення перебігу скороченого шестимісячного строку стосується претензій, які пред'являються у зв'язку з недоліка­ми проданої речі відповідно до ст. 235 ЦК України та з приво­ду недоліків речі, проданої з гарантійним строком відповідно до ст. 236 ЦК. На нашу думку, цей порядок має застосову­ватися також у випадках продажу торговельними підприєм­ствами (громадянами-підприємцями) товарів з недоліками, на які не встановлено гарантійні строки, покупцям-спожива­чам, адже ці відносини не врегульовані Законом "Про захист прав споживачів". Тому момент перебігу строку позовної давності має визначитися за правилами цивільного законо­давства.

Стаття 711 проекту ЦК України передбачає річний строк позовної давності, який пропонується обчислювати з дня

' В юридичній літературі претензією вважається вимога кредитора до боржника про сплату боргу, штрафу, відшкодування збитків, усунення недоліків, що випливають з порушення боржником зобов'язання. Див.:

Юридичний словник-довідник. — К., 1996. — С. 526.

270 Глава 8

виявлення недоліків у межах встановлених законом строків, а якщо на товари встановлено гарантійний строк — з дня їх виявлення протягом гарантійного строку (строку придат­ності). І хоч строк позовної давності пропонується збільшити від 6 місяців до одного року, він всеодно вважатиметься ско­роченим. Немає також принципових заперечень проти тако­го збільшення строку позовної давності. Але необачно й на­далі його збільшувати, адже продаж товарів з недоліками — це особливий вид порушення зобов'язань, для яких встанов­лення тривалих претензійних і позовних строків не сприятиме захистові прав покупців, не спонукатиме їх до своєчасного виявлення недоліків товару, до ретельного огляду покупок.

Стаття 24 Закону України "Про захист прав споживачів" проголошує судовий захист порушених прав споживачів. При цьому споживачі за своїм вибором подають позови до суду за місцем свого проживання або за місцем перебування відповідача, за місцем заподіяння шкоди або за місцем вико­нання договору. Крім того, споживачі звільняються від сплати державного мита за позовами, що пов'язані з порушенням їх прав. Все це, безумовно, полегшує реалізацію споживачами наданих їм прав.

Звертатися з позовами в інтересах покупців-споживачів мають право також органи Державного комітету у справах захисту прав споживачів. За статистичними даними, цими органами у 1996 р. було виявлено лише 229 випадків поруше­ного порядку обміну товарів та подано ними до судових орга­нів 236 позовних заяв, з яких 203 суд задовольнив1. Порів­няно невелику кількість позовних заяв можна пояснити лише тим, цю переважна кількість вимог споживачів задовольняє­ться в позасудовому порядку, в т. ч. завдяки втручанню орга­нів у справах захисту прав споживачів.

' Див.: Звіт Держкомзахисту про основні показники органів у справах захисту прав споживачів за 1996 р.

Глава 9. Договір купівлі-продажу об'єктів приватизації

Приватизація — це відчуження майна, що перебуває у державній власності та власності Автономної Республіки Крим на користь фізичних та недержавних юри­дичних осіб. Правовою формою такого відчуження є договір купівлі-продажу, за яким продавець зобов'язується передати відповідний об'єкт приватизації у приватну чи колективну власність покупцеві, а покупець — прийняти цей об'єкт, спла­тити за нього певну грошову суму, виконати інші обов'язки, передбачені законодавством про приватизацію чи обумовле­ні сторонами.

У зв'язку з тим, що укладення договору купівлі-продажу об'єктів приватизації та виконання основних його умов є важливим етапом процесу зміни відносин власності на засоби виробництва, цей договір має відповідні особливості щодо його сторін, змісту та порядку укладення.

**Сторони договору купівлі-продажу об'єктів привати­зації.** Згідно із статтями 6,7 і 8 Закону України "Про внесення змін до Закону України "Про приватизацію майна державних підприємств" від 19 лютого 1997 р.1 та статтями 4 і 5 Закону України "Про внесення змін і доповнень до Закону України "Про приватизацію невеликих державних підприємств (малу приватизацію)" від 15 травня 1996 р.2 продавцями державно­го майна у процесі приватизації виступають: щодо об'єктів за-

' Голос України. — 1997. — 20 березня. 2 Там само. — 1996. — 7 серпня.

272 Глава 9

гальнодержавної власності — Фонд державного майна України, його регіональні відділення та представництва в районах і містах, щодо об'єктів власності Автономної Респуб­ліки Крим — органи приватизації в Автономній Республіці Крим, щодо об'єктів комунальної власності — органи, що їх створюють відповідні місцеві ради.

Покупцями об'єктів приватизації можуть бути громадяни України, іноземні громадяни, особи без громадянства; юри­дичні особи, зареєстровані на території України; юридичні особи інших держав; господарські товариства, створені для участі у приватизації громадянами, в тому числі членами тру­дового колективу. Господарське товариство членів трудового колективу підприємства, що приватизується, засновується на підставі рішення загальних зборів, у яких брало участь більше як 50% працівників підприємства або їх уповноважених пред­ставників. У разі приватизації майна, зданого в оренду, по­купцем може виступати орендар державного майна.

Поряд з іншими юридичними особами та громадянами орендарями можуть бути господарські товариства, створені членами трудового колективу державного підприємства, його структурного підрозділу відповідно до Закону України "Про внесення змін і доповнень до Закону України "Про оренду майна державних підприємств та організацій" від 14 березня 1995 р.1, або організації орендарів, створені членами трудо­вого колективу державного підприємства, організації, їх структурних підрозділів відповідно до Закону України "Про оренду майна державних підприємств та організацій" від 10 квітня 1992 р.2 Необхідно зазначити, що покупцями майна, зданого в оренду, виступають саме організації орендарів (чи господарське товариство), а не орендні підприємства. В ар­бітражній практиці трапляються випадки, коли до арбітражних судів за захистом своїх прав, пов'язаних з приватизацією державного майна, звертаються саме орендні підприємства, які не є суб'єктами приватизації. Отже, їхні позови пред'яв­лено безпідставно і задоволенню не підлягають.

Не можуть бути покупцями: юридичні особи, у майні яких частка державної власності перевищує 25%; органи держав-

№ 15. — Ст. 99.

' Відомості Верховної Ради України. — 1995. 2 Там само. — 1992. — № ЗО. — Ст. 416,

Договір купівлі-продажу об'єктів приватизації 273

ної впади; працівники державних органів приватизації (крім випадків використання ними приватизаційних паперів); юри­дичні особи, майно яких перебуває у комунальній власності;

органи місцевого самоврядування; особи, яким відповідно до чинного законодавства заборонено займатися підприєм­ницькою діяльністю (крім випадків використання ними прива­тизаційних паперів). Відповідно до ст. 2 Закону України "Про підприємництво" від 7 лютого 1991 р.1 забороняється займа­тися підприємницькою діяльністю військовослужбовцям;

службовим особам органів прокуратури, суду, державної без­пеки, внутрішніх справ, арбітражного суду, державного нота­ріату, органів державної влади та управління, які здійснюють контроль за діяльністю підприємств; особам, яким суд забо­ронив займатися певною діяльністю до закінчення терміну, встановленого вироком суду; особи, які мають непогашену судимість за крадіжки, хабарництво та інші корисливі злочини.

**Форма та порядок укладення договору купівлі-продажу державного майна** залежать від способу приватизації відпо­відного об'єкта.

Якщо приватизують об'єкти малої приватизації шляхом ви­купу, продажу на аукціоні, за конкурсом, а також продажу пакетів акцій відкритих акціонерних товариств, створених у процесі приватизації, договір купівлі-продажу укладається у письмовій формі і підлягає нотаріальному посвідченню та реєстрації відповідною місцевою радою, як того вимагають ст. 27 Закону України "Про приватизацію майна державних підприємств" і ст. 23 Закону України "Про приватизацію неве­ликих державних підприємств (малу приватизацію)".

Шляхом викупу або продажу на аукціоні, за конкурсом при­ватизуються згідно із Законом України "Про приватизацію невеликих державних підприємств (малу приватизацію)" цілісні майнові комплекси невеликих державних підприємств, віднесених Державною програмою приватизації до групи А;

окреме індивідуально-визначене майно; об'єкти незаверше­ного будівництва та законсервовані об'єкти.

Фонд державного майна У країни, Верховна Рада Автоном­ної Республіки Крим, місцеві ради затверджують за поданням органів приватизації переліки об'єктів, які перебувають відпо-

' Закони Украины. — К., 1996. — Т. 1.

274 Глава а

відно у загальнодержавній власності, власності Автономної Республіки Крим та комунальній власності і підлягають про­дажу на аукціоні, за конкурсом чи викупу.

На підставі таких переліків і поданих покупцями заяв на приватизацію відповідного об'єкта орган приватизації при­ймає рішення про приватизацію підприємства.

Згідно з п. 6 ст. 7 Закону України "Про приватизацію неве­ликих державних підприємств (малу приватизацію)" з момен­ту прийняття рішення про включення об'єкта до одного з переліків об'єктів, що підлягають приватизації відповідним способом, щодо цього об'єкта припиняється дія частин 3, 5 та 6 ст. 10, частин 1 і 3 ст. 12, ч. 2 ст. 24, ч. З ст. 25 Закону України "Про підприємства в Україні" у частині купівлі, про­дажу, передачі, обміну, здачі в оренду, надання безоплатно, списання майна та вчинення деяких інших дій.

Крім того, з моменту прийняття рішення про приватизацію державного майна функції управління цим майном перехо­дять до відповідного органу приватизації згідно з п. 8 Указу Президента України "Про заходи щодо прискорення процесу малої приватизації в Україні" від ЗО грудня 1994 р. № 824/94, п. З Указу Президента України "Про єдину систему органів приватизації в Україні" від 19 лютого 1994 р. № 56/94.

У зв'язку з цим рішенням Вищого арбітражного суду України від 11—12 листопада 1997 р. по справі № 1/43 було визнано недійсною постанову Кабінету Міністрів України "Про передачу до власності міст об'єктів соціально-економічної інфраструктури, що перебувають у загальнодержавній влас­ності" від 26 червня 1995 р. № 453 в частині передачі майна бази продовольчих і промислових товарів м. Вугледара, орен­дованого підприємством "Угольок" до комунальної власності м. Вугледара, оскільки з 16 травня 1995 р., тобто з дня прий­няття рішення про включення орендного підприємства "Угольок" до переліку об'єктів малої приватизації (наказ До­нецького регіонального відділення Фонду державного майна України № 1804), функції по управлінню майном бази продо­вольчих і промислових товарів м. Вугледара перейшли до До­нецького регіонального відділення Фонду державного майна України. Крім того, з цієї ж дати (16 травня 1995 р.) передача зазначеного майна забороняється вищезгаданою ст. 7 Зако­ну України "Про приватизацію невеликих державних підпри­ємств (малу приватизацію)".

Договір купівлі-продажу об'єктів приватизації 275

З моменту прийняття рішення про приватизацію підприєм­ства здійснюється його підготовка до приватизації, строк якої має не перевищувати двох місяців.

У процесі підготовки об'єкта до приватизації за рішенням органів приватизації проводиться оцінка його вартості відпо­відно до Методики оцінки вартості майна при приватизації, за­твердженої постановою Кабінету Міністрів України від 15 сер­пня 1996 р. № 9611, у відповідних інформаційних бюлетенях, місцевій пресі та інших друкованих виданнях, визначених органами приватизації, публікується інформація про об'єкт малої приватизації.

Відповідний орган приватизації не пізніше як за 15 днів з дня прийняття рішення про затвердження переліку об'єктів, що підлягають приватизації шляхом *викупу,* публікує перелік таких об'єктів. У переліку має бути зазначено назву об'єкта приватизації та його місцезнаходження.

Викуп застосовують щодо об'єктів малої приватизації, не проданих на аукціоні, за конкурсом; включених до переліку об'єктів, що підлягають приватизації шляхом викупу; зданих в оренду, якщо право на викуп було передбачено договором оренди, укладеним до набрання чинності Закону України "Про оренду державного майна".

Порядок викупу об'єктів малої приватизації, включених до переліку об'єктів, що підлягають приватизації шляхом викупу, а також об'єктів малої приватизації, не проданих на аукціоні, за конкурсом визначає Фонд державного майна України.

Викуп об'єкта оренди здійснюється відповідно до договору оренди з правом викупу та чинного законодавства. Згідно з п. 9 Декрету Кабінету Міністрів України "Про приватизацію цілісних майнових комплексів державних підприємств та їхніх структурних підрозділів, зданих в оренду"2 (із змінами, внесе­ними законом М6 3875-12 від 26 січня 1994 р.3) приватизація цілісних майнових комплексів державних підприємств та їхніх структурних підрозділів, зданих в оренду з правом викупу за укладеними до набрання чинності цим Декретом (тобто до 8 липня 1993 р.) договорами оренди, в яких було визначено

' Державний інформаційний бюлетень про приватизацію. — 1996. — № 10.

2 Відомості Верховної Ради України. — 1993. — № ЗО. — Ст. 337.

3 Там само. — 1994. — № 18. — Ст. 303.

**276 *Глава 9***

умови викупу (ціна, порядок, терміни та засоби платежу), здійснюється на умовах, передбачених договорами. Якщо в договорах оренди, укладених з правом викупу до набрання чинності цим Декретом, умови викупу не визначено і орендар не дає згоди на приватизацію державного майна, зданого в оренду, сторони договорів оренди, визнані такими відповідно до законодавства України, протягом півтора року з дня на­брання чинності цим Декретом повинні внести до вказаних договорів належні зміни і доповнення. Якщо у договір оренди з правом викупу вказаних змін і доповнень у зазначений термін не внесено, орендар втрачає право на викуп об'єкта приватизації.

Президент України Указом "Про заходи щодо прискорення процесу малої приватизації України" від ЗО грудня 1994 р.1 (із змінами, внесеними Указом Президента від 2 червня 1995 р. № 417/952) надав ще одну можливість організації орендарів, товариству покупців, іншим юридичним особам, створеним працівниками орендного підприємства (структурного підроз­ділу орендного підприємства, що виділяється в окремий об'єкт приватизації), яке є об'єктом групи А, в тому числі та­кого, договором оренди якого не передбачено право на ви­куп, приватизувати орендоване майно, якщо вони до 1 верес­ня 1995 р. подали у встановленому порядку про це відповідну заяву. З 1 вересня 1995 р. приватизація зазначених об'єктів малої приватизації здійснюється на загальних підставах.

Порядок викупу орендованого майна відповідно до згада­ного Указу встановлювався Положенням про порядок визна­чення та застосування способів приватизації щодо об'єктів малої приватизації, затвердженим наказом Фонду державно­го майна України від 2 лютого 1995 р. № 1023.

Продаж об'єктів на аукціоні — спосіб приватизації, коли власником об'єкта стає покупець, який запропонував у ході аукціону максимальну ціну. Продаж об'єктів за конкурсом — спосіб приватизації, за якого власником об'єкта стає поку­пець, що запропонував найкращі умови подальшої експлуа-

' ЗУП. — 1994. — Вип. 4. 2 Там само. — 1995. — Вип. 2.

Правові аспекти приватизації в України: 36. законодавства з питань приватизації. — «., 1996. — С. 143.

***Договір купівлі-продажу об'єктів приватизації 27І***

тації об'єкта (некомерційний конкурс) або за рівних фіксова­них умов найвищу ціну (комерційний конкурс).

За ЗО календарних днів до дати проведення аукціону, кон­курсу в інформаційних бюлетенях органів приватизації, міс­цевій пресі, інших друкованих виданнях, визначених органа­ми приватизації, публікується інформація про об'єкти, що під­лягають продажу на аукціоні, за конкурсом, яка має містити відомості, зазначені у ст. 15 Закону України "Про приватиза­цію невеликих державних підприємств (малу приватизацію)".

З моменту опублікування інформаційного повідомлення покупцеві надається можливість попередньо ознайомитися з об'єктом приватизації.

Якщо під час продажу об'єкта не надано зазначену вище інформацію, об'єкт може бути знято з торгів на вимогу будь-кого з учасників аукціону.

Організатором *аукціону* може бути орган приватизації або уповноважена ним юридична особа. Уповноважена юридич­на особа діє згідно з угодою між органом приватизації та цією особою.

Для участі в аукціоні, конкурсі з продажу об'єктів привати­зації юридичні та фізичні особи подають заяву до органів при­ватизації, сплачують реєстраційний внесок, розмір якого не може перевищувати розміру одного неоподатковуваного мінімуму доходів громадян та вносять кошти у розмірі 10 від­сотків початкової ціни продажу. Зазначені кошти вносяться шляхом безготівкового прорахування коштів на відповідний розрахунковий рахунок. Якщо покупець бажає взяти участь у купівлі кількох об'єктів, розмір коштів визначається на основі суми початкової ціни цих об'єктів.

Для участі в аукціоні, конкурсі покупці відповідно до п. З ст. 17 Закону України "Про приватизацію невеликих держав­них підприємств ( малу приватизацію)" одержують квитки учасників аукціону, які мають містити такі відомості:

номер, під яким покупець бере участь у торгах;

назву об'єкта, у торгах якого бере участь покупець;

умови проведення аукціону.

Щоб одержати квиток на участь в аукціоні необхідно мати:

документ, що посвідчує фізичну особу або представника юри­дичної особи, їх повноваження, квитанцію про сплату реєстраційного внеску, документ про внесення коштів у роз­мірі 10 відсотків початкової ціни продажу, декларацію про до-

***278 Глава 9***

ходи (для громадян України) в разі придбання об'єкта прива­тизації за рахунок коштів; нотаріально посвідчені копії уста­новчих документів — для покупців — юридичних осіб.

Відомості про учасників аукціону, конкурсу вносяться до книги реєстрації окремо щодо кожного об'єкта, який підлягає приватизації, і мають містити порядковий номер (відповідно цо реєстрації), прізвище, ім'я та по батькові фізичної особи або представника юридичної особи (назву юридичної особи), номер рахунку, назву та адресу банківської установи, до якої зроблено внески.

Приймання заяв на участь в аукціоні припиняється за три дні до початку аукціону.

Продаж об'єктів приватизації на аукціоні, за конкурсом проводиться за наявності двох і більше покупців.

Якщо на участь в аукціоні ніхто не подав заяву, орган при­ватизації приймає рішення про зменшення початкової ціни на ЗО відсотків **та** про повторний продаж об'єкта на аукціоні.

Якщо на участь в аукціоні подав заяву один покупець, об'єкт може бути приватизований шляхом викупу цим по­купцем.

Аукціон проводить ведучий (ліцитатор). Він описує об'єкт приватизації **та** умови його продажу. Початком торгів вва­жається момент оголошення початкової ціни продажу об'єкта.

Якщо протягом **трьох** хвилин після триразового оголошен­ня ціни не буде запропоновано вищу ціну, ліцитатор одночас­но з ударом молотка оголошує про придбання об'єкта тією особою, яка запропонувала найвищу ціну.

В арбітражній практиці відомий випадок порушення цієї вимоги під час проведення 6 вересня 1995 р. аукціону з про­дажу об'єкта незавершеного будівництва у смт Богородчани Івано-Франківської області. Учасником аукціону став ПП "Семтранс" разом з двома іншими учасниками, претендента­ми на придбання об'єкта незавершеного будівництва. Ліци­татор описав об'єкт та оголосив стартову ціну 440 млн крб. Далі ціна збільшувалася. Коли ліцитатор оголосив ціну 580 мпн крб., два учасники аукціону опустили квитки і вищу ціну не запропонували. ПП "Семтранс" погодився на цю ціну. Оскільки пропозицій щодо вищої ціни не надійшло, ліцитатор по закінченні 3 хвилин після оголошення останньої ціни 580 млн крб. повинен був зробити оголошення про придбання

Договір купівлі-продажу об'єктів приватизації 279

об'єкта ПП "Семтранс" особою, яка запропонувала найвищу ціну. Однак він запропонував ПП "Семтранс" придбати об'єкт за 4,5 млн крб., на що отримав відмову. Після цього ліцитатор зняв об'єкт з торгів і у протоколі аукціону причиною, з якої не був проданий об'єкт приватизації, вказав: змова покупців, що не передбачено чинним законодавством України.

Арбітражний суд Івано-Франківської області рішенням від 11—12 червня 1996 р. визнав аукціон таким, що відбувся і зобов'язав представництво Фонду державного майна у Бого-родчанському районі укласти договір купівлі-продажу об'єкта незавершеного будівництва з ПП “Семтранс". Арбітражна на­глядова колегія Вищого арбітражного суду України залишила це рішення в силі своєю постановою від 6 грудня 1996 р., бо чинне законодавство не містить норм, які б обмежували права покупця, що запропонував на аукціоні найбільшу ціну, а суб'єктивна думка ліцитатора про змову покупців не може бути підставою для зняття спірного об'єкта з аукціону та для відмови в укладенні договору купівлі-продажу.

Під час проведення аукціону його учасники піднімають квитки учасника з номером, що повернутий до ліцитатора, і називають свою ціну.

Якщо під час аукціону протягом 3 хвилин після оголошення початкової ціни продажу покупці не виявляють бажання при­дбати об'єкт приватизації, ліцитатор має право зменшити ціну об'єкта, але не більше як на ЗО відсотків. Якщо і після змен­шення ціни покупці не виявляють бажання придбати об'єкт, торги припиняються.

Підвищення початкової ціни здійснюється шляхом надба­вок, запропонованих учасниками аукціону.

Під час аукціону ведеться протокол, до якого вносяться початкова ціна продажу об'єкта, пропозиції учасників аукціо­ну, відомості про учасників аукціону, результат торгів, ціна продажу, відомості про фізичну або юридичну особу, яка одержала право на придбання об'єкта.

Після оголошення покупця, який придбав об'єкт при­ватизації, ліцитатор та покупець підписують протокол у двох примірниках. Один примірник протоколу передається до відповідного органу приватизації, а другий видається покуп­цеві. Цей протокол є документом, що посвідчує право покуп­ця на укладення договору купівлі-продажу.

280 Глава 9

Для проведення конкурсу утворюється конкурсна комісія з фахівців, експертів, представників місцевої ради та трудового колективу об'єкта, що його приватизують, у складі 5—9 чоловік.

Голову конкурсної комісії призначає орган приватизації наказом, яким одночасно затверджується склад комісії.

Комісія утворюється у 25-денний термін з моменту при­йняття рішення про приватизацію об'єкта за конкурсом.

Орган приватизації у 3-денний строк з дня прийняття цього рішення направляє до організацій та установ повідомлення про направлення їх представників для роботи у складі комісії. Ці повідомлення є обов'язковими для керівництва організацій та установ. У 3-денний строк з дня одержання повідомлення вони зобов'язані направити до органу приватизації відповідну особу з оформленим дорученням.

Відповідний орган приватизації та конкурсна комісія укла­дають угоду на проведення конкурсу з продажу об'єкта приватизації.

Основні завдання комісії: визначити умови та строки про ведення конкурсу, прийняти від покупців заяви та інші доку менти на участь у конкурсі, зареєструвати учасників конкур­су, забезпечити ознайомлення їх з об'єктом приватизації, розглянути пропозиції учасників конкурсу, визначити оста­точного переможця конкурсу, скласти протокол про резуль­тати конкурсу та подати його до відповідного органу привати­зації. Положення про конкурсну комісію з продажу майна за­тверджено наказом Фонду державного майна від 17 травня 1993р.№2191.

Умови та термін проведення конкурсу конкурсна комісія визначає протягом 2 місяців після її утворення. Ці умови та термін проведення конкурсу затверджує орган приватизації.

Для участі у конкурсі покупець подає особисто чи надсилає до конкурсної комісії заяву за встановленою формою та план приватизації об'єкта, що має містити відомості про назву та місцезнаходження об'єкта, який він бажає придбати, про покупця, запропоновану покупцем купівельну ціну об'єкта, зобов'язання щодо умов конкурсу, додаткові зобов'язання щодо подальшої експлуатації об'єкта.

\* Правові аспекти приватизації в Україні: 36. законодавства з питань приватизації. — С. 281.

Договір купівлі-продажу об'єктів приватизації 281

Кінцевий термін для прийняття заяв на участь у конкурсі — сім днів до початку проведення конкурсу.

Якщо на участь у конкурсі ніхто не подав заяву, орган при­ватизації приймає рішення про зміну умов конкурсу та по­вторний продаж об'єкта за конкурсом.

Якщо на участь у конкурсі подав заяву один покупець, об'єкт може бути приватизований шляхом викупу цим по­купцем.

Конкурс здійснюється за два етапи. На першому етапі ого­лошується попередній переможець конкурсу. Інформація про його пропозиції доводиться до всіх учасників конкурсу. Якщо протягом 5 робочих днів від них не надходять додаткові про­позиції, попередній переможець оголошується остаточним переможцем. За наявності інших пропозицій проводиться до­даткове засідання конкурсної комісії, яка розглядає додаткові пропозиції учасників конкурсу та визначає остаточного пере­можця.

Робочі засідання конкурсної комісії є закритими. Рішення про визначення попереднього та остаточного переможців конкурсу приймається 2/3 голосів присутніх членів комісії та оголошується на відкритому засіданні за участю всіх покупців.

Після закінчення засідання конкурсна комісія складає про­токол, в якому зазначаються такі відомості:

умови конкурсу;

пропозиції учасників конкурсу;

мотивації вибору переможця;

відомості про учасників конкурсу.

Протокол підписують усі члени конкурсної комісії, після чого його надсилають до відповідного органу приватизації, а також учасникам конкурсу.

Результати конкурсу затверджує орган приватизації.

Не пізніше як у 5-денний термін з дня затвердження орга­ном приватизації результатів аукціону, конкурсу між покуп­цем і продавцем укладається договір купівлі-продажу об'єкта приватизації.

Відповідно до ст. 20 Закону України "Про приватизацію невеликих державних підприємств (малу приватизацію)" порушення правил оголошення та проведення аукціону, кон­курсу, передбачені цим законом, можуть бути підставою для

***282***

***Глава* 9**

визнання судами недійсними угод, укладених на аукціоні конкурсі.

Так, рішенням арбітражного суду м. Києва від 26 квітня 1996 р. був визнаний недійсним протокол засідання конкурс­ної комісії від 4 жовтня 1995 р. № 9 у частині визначення пе­реможця некомерційного конкурсу з продажу майна держав­ного підприємства "Стенограф" у зв'язку з порушенням вимоги законодавства про приватизацію. Переможцем другого етапу і остаточним переможцем було оголошено науково-виробни­че комерційне підприємство "Літа", яке подало план експлуа­тації об'єкта, що не відповідає вимогам законодавства: в ньому не було пропозицій щодо ціни продажу об'єкта, зобо­в'язань щодо умов конкурсу та додаткових зобов'язань щодо подальшої експлуатації об'єкта. Були також порушені відпо­відним представництвом Фонду державного майна України вимоги законодавства щодо порядку опублікування інформа­ції та відомостей про об'єкт, який підлягає продажу за конкур­сом, в "Державному інформаційному бюлетені про прива­тизацію" Фонду державного майна України.

Арбітражна наглядова колегія Вищого арбітражного суду України, переглянувши матеріали вищезгаданої арбітражної справи, також засвідчила порушення вимог законодавства про приватизацію під час проведення некомерційного кон­курсу другого етапу з продажу майна державного підприєм­ства "Стенограф" і залишила рішення арбітражного суду м. Києва без змін.

Продаж пакетів акцій відкритих акціонерних товариств, створених у процесі приватизації, відповідно до плану приватизації здійснюється шляхом проведення комерційного чи некомерційного конкурсів у порядку, передбаченому По­ложенням про порядок проведення конкурсів з продажу пакетів акцій відкритих акціонерних товариств, створених у процесі приватизації1, затвердженим наказом Фонду дер­жавного майна України, Антимонопольного комітету України, Державної комісії з цінних паперів та фондового ринку від 4 серпня 1997 р. № 821/55-01/204.

№ **9.**

Державний інформаційний бюлетень про приватизацію. — 1997г.

Договір купівлі-продажу об'єктів приватизації 28З

Договір купівлі-продажу пакета акцій відкритого акціонер­ного товариства, створеного у процесі приватизації, укладає­ться на підставі протоколу про визначення остаточного пере­можця конкурсу, затвердженого органом приватизації.

У разі продажу акцій відкритих акціонерних товариств, створених у процесі приватизації, крім продажу їх пакетом згідно з планом приватизації, договір купівлі-продажу як єди­ний документ не укладається.

Так, пільговий продаж акцій такого відкритого акціонерно­го товариства громадянам України, які згідно з чинним зако­нодавством мають право на пільгове придбання акцій, здійснюється у порядку, передбаченому Положенням про за­стосування способів приватизації майна державних під­приємств, затвердженим наказом Фонду державного майна України від 4 лютого 1993 р.1

Оплата акцій відкритого акціонерного товариства прово­диться у відповідних установах банку дорученнями про пере­каз на рахунок цього акціонерного товариства приватизацій­ного майнового сертифіката чи його залишку з депозитного рахунку громадянина чи власних коштів громадянина з його іменного рахунку, а також шляхом прийняття акціонерним товариством готівкою приватизаційного майнового серти­фіката, на який виписується прибутковий касовий ордер. Відкрите акціонерне товариство перераховує отримані кошти та кошти, прийняті до оплати з депозитних рахунків, платіж­ними дорученнями до відповідних позабюджетних фондів приватизації і видає акції громадянам, а також надсилає цінними листами працівникам підприємства, громадянам України, які в місячний строк не отримали їх особисто.

В разі продажу акцій відкритих акціонерних товариств через центри сертифікатних аукціонів відповідно до Положен­ня про центри сертифікатних аукціонів, затвердженого поста­новою Кабінету Міністрів України від 24 лютого 1995 р. № 1442, Положення про порядок проведення сертифікат­них аукціонів, затвердженого постановою Кабінету Міністрів

\* Правові аспекти приватизації в Україні: 36. законодавства з питань приватизації. — С. 255.

2 ЗП. — 1995. — № 5. — Ст. 129.

284 Глава 9

України від 27 березня 1995 р. № 2181, Тимчасового поло­ження про порядок проведення сертифікатних аукціонів в окремих регіонах, затвердженого наказом ФДМУ від 21 лю­того 1996 р. № 1892, Положення про порядок проведення спе­ціалізованих сертифікатних аукціонів за компенсаційні серти­фікати, затвердженого наказом ФДМУ від 5 квітня 1996 р. № 3953, договір купівлі-продажу не укладається, а право власності покупця на придбані ним акції підтверджується ви-тягом із протоколу про результати сертифікатного аукціону.

Купівля-продаж акцій відкритих акціонерних товариств на фондових біржах згідно з Порядком проведення на Україн­ській фондовій біржі, її центрах та філіях торгів з продажу пакетів акцій підприємств, що приватизуються, затверд­женим Фондом державного майна України та головою правління Української фондової біржі 28 лютого 1996 р.4, здійснюється шляхом укладення біржового контракту.

**Предмет договору купівлі-продажу у процесі привати­зації.** Оскільки предметом будь-якого договору купівлі-про­дажу є передача певного об'єкта у власність покупця, то важ­ливим є питання про момент переходу права власності до покупця. Закон України "Про приватизацію майна державних підприємств" у редакції від 19 лютого 1997 р. встановлює пра­вило, за яким право власності на приватизований об'єкт переходить до покупця з моменту нотаріального посвідчення договору купівлі-продажу, що цілком відповідає вимогам ЦК України і є позитивним кроком у розвитку приватизаційного законодавства. Адже у попередній редакції згаданого закону взагалі не був визначений порядок переходу права власності на приватизовані об'єкти, а Закон України "Про приватизацію невеликих державних підприємств (малу приватизацію)" від 6 березня 1992 р. встановлював, що до покупця, який при­дбав на аукціоні, конкурсі об'єкт приватизації, переходить право власності на цей об'єкт з моменту удару молотка ліци-татора або підписання протоколу засідання конкурсної комісії про визначення остаточного переможця, при викупі під-

' ЗП. — 1995. — № 6. — Ст. 154.

2 Державний інформаційний бюлетень про приватизацію. — 1996, — № 4.

3 Там само. — № 5.

4 Там само. — № 9

Договір купівлі-продажу об'єктів приватизації 285

приємства— з дати прийняття органом приватизації рішення про викуп. Це право власності на державне майно підтверд­жується договором купівлі-продажу, який укладається між покупцем та уповноваженим представником відповідного органу приватизації. Договір укладався згідно з Положенням про застосування способів приватизації майна державних підприємств від 4 лютого 1993 р. № 56 (пункти 2.3, 2.4, 3.4 та 4.4) та Положенням про порядок визначення та застосування способів приватизації щодо об'єктів малої приватизації (пункти 3.1 та 4.9) після проведення аукціону, конкурсу, після прийняття рішення про приватизацію об'єкта та після його підготовки до приватизації, тобто після переходу права влас­ності до покупця.

Така конструкція переходу права власності до покупця викликала сумнів щодо її відповідності нормам ЦК України. Договір купівлі-продажу вважається укладеним з моменту досягнення сторонами згоди за всіма його істотними умо­вами. Удар молотка ліцитатора (відповідно підписання прото­колу конкурсної комісії чи прийняття рішення про викуп) означав перехід права власності на майно, що приватизує­ться; це свідчило також про те, що сторони погодили усі істотні умови купівлі-продажу і не мають потреби додатково укла­дати договір купівлі-продажу. Але оскільки передбачалось обов'язкове укладення договору купівлі-продажу на підтвер­дження переходу права власності, то це давало підстави вва­жати, що удар молотка ліцитатора (підписання протоколу кон­курсної комісії, прийняття рішення про викуп) фактично не фіксував перехід права власності. Ця думка мала право на існування, бо покупець не може здійснювати права власника до укладення договору купівлі-продажу об'єкта приватизації.

**Ціна об'єкта приватизації.** Відповідно до статей 9,17,18, 21 та 23 Закону України "Про приватизацію невеликих дер­жавних підприємств (малу приватизацію)" в редакції від 15 травня 1996 р. договір має включати остаточну ціну продажу об'єкта на аукціоні, за конкурсом або розмір викупу цілісного майнового комплексу чи пакета акцій акціонерного това­риства, створеного у процесі приватизації або корпоратиза-ції. Остаточну ціну об'єкта під час продажу його на аукціоні визначають у ході проведення аукціону на основі початкової ціни. На початку торгів ліцитатор оголошує початкову ціну продажу об'єкта. Якщо протягом 3 хвилин після оголошення

286 Глава 9

не буде запропоновано вищу ціну, ліцитатор одночасно з уда­ром молотка робить оголошення про придбання об'єкта тією особою, яка запропонувала найвищу ціну. Це і є остаточна ціна продажу об'єкта на аукціоні. При цьому кожна наступна ціна, запропонована покупцями на аукціоні, має перевищу­вати попередню не менше як на 10 відсотків початкової ціни продажу об'єкта.

Остаточна ціна продажу об'єкта на аукціоні може бути й меншою за початкову. Якщо протягом 3 хвилин після оголо­шення початкової ціни продажу покупці не виявляють бажан­ня придбати об'єкт за оголошеною початковою ціною, ліци­татор відповідно до умов угоди з органом приватизації має право зменшити ціну об'єкта, але не менше як на 10 відсотків.

Початкова ціна об'єкта може бути зменшена також у разі повторного проведення аукціону, але не більше як на ЗО відсотків.

Остаточну ціну продажу об'єкта на аукціоні фіксують у про­токолі аукціону.

Остаточну ціну продажу об'єкта за конкурсом визначають у ході конкурсного розгляду на основі початкової ціни, запро­понованої конкурсною комісією чи покупцем у поданому ним плані приватизації об'єкта. Остаточна ціна продажу об'єкта за конкурсом має бути не нижчою за 70 відсотків його початко­вої ціни.

У разі повторного проведення конкурсу початкова ціна може бути зменшена, але не більше ніж на ЗО відсотків.

Умова конкурсу про остаточну ціну продажу об'єкта відображається поряд з іншими умовами конкурсу у прото­колі конкурсу, який, які протокол аукціону, затверджує відпо­відний орган приватизації.

Початкову ціну продажу об'єкта приватизації на аукціоні, за конкурсом, а також ціну продажу об'єкта, що підлягає при­ватизації шляхом викупу, визначають відповідно до чинної Методики оцінки вартості об'єктів приватизації, затвердженої постановою Кабінету Міністрів України від 15 серпня 1996 р. NВ961.

Акт оцінки вартості об'єкта приватизації, здійсненої відпо­відно до названої Методики, затверджує керівник органу при­ватизації, він є правовим документом, що визначає початко­ву ціну об'єкта на аукціоні, за конкурсом або ціну викупу об'єкта.

Договір купівлі-продажу об'єктів приватизації 287

**Якість майна, що підлягає приватизації.** Відповідно до ст. 233 ЦК України1 якість проданої речі має відповідати умо­вам договору, а за відсутності вказівок у договорі — вимогам, що звичайно ставляться.

На практиці у договорах купівлі-продажу об'єкта привати­зації не завжди належним чином узгоджується умова щодо якості майна. Взагалі порядок визначення якості майна, на відміну від порядку його оцінки, нормативне не визначений. Сторони договору повинні самостійно вирішувати всі питан­ня, пов'язані з якістю майна. Під якістю об'єкта приватизації, на думку автора, слід розуміти такий якісний стан майна і таку його комплектність, які б забезпечували діяльність (роботу) цілісного майнового комплексу відповідно до його цільового призначення. Крім того, кожна окрема річ (устаткування, ма­шини, механізми, інвентар і т.п.) має відповідати чітко визна­ченим якісним показникам, тобто стандартам, технічним умовам, затвердженим еталонам, зразкам.

Усі ці питання, пов'язані з визначенням якості майна та його комплектності, доцільно вирішувати у процесі визначен­ня складу майна, що підлягає приватизації, та оцінки його вартості. Ця робота, особливо на великих майнових комплек­сах, потребує багато часу, достатньої кількості висококвалі­фікованих фахівців і постійного контролю з боку органів приватизації. Неправильне визначення якісного стану майна може призвести до неправильного визначення його ціни. Методика оцінки вартості об'єктів приватизації не враховує їх фактичного якісного стану. Тому з метою захисту і забезпе­чення інтересів держави при укладенні договорів купівлі-про­дажу потрібно було б розробити спеціальну інструкцію щодо визначення якості майна, а також внести доповнення до Методики оцінки вартості об'єктів приватизації, відповідно до яких вартість об'єкта приватизації залежала б від фактичних показників щодо якості і комплектності об'єкта приватизації на день укладення договору чи передачі об'єкта.

**Взаємні зобов'язання сторін.** Кожна сторона зобов'я­зується виконати обов'язки, покладені на неї договором, та сприяти другій стороні у виконанні її обов'язків.

' Право України. — 1993. — № 11—12.

**288 *Глава 9***

За будь-яким договором купівлі-продажу, згідно зі ст. 224 ЦК України продавець зобов'язується передати майно у власність покупцеві, а покупець — прийняти майно і сплатити за нього певну суму грошей.

Відповідно до статей 5, 6 та 23 Закону України "Про вне­сення змін і доповнень до Закону України "Про приватизацію невеликих державних підприємств (малу приватизацію)" передача об'єкта, що його приватизують, здійснюється шля­хом підписання акта про передачу цього об'єкта уповноваже­ним представником органу приватизації і новим власником у триденний термін після нотаріального посвідчення договору купівлі-продажу.

Оплата проданого об'єкта відбувається протягом ЗО кален­дарних днів з моменту нотаріального посвідчення договору. Термін оплати може бути подовжено ще на ЗО календарних днів за умови сплати не менше як 50 відсотків ціни продажу об'єкта. Оплата відбувається шляхом внесення коштів у бан­ківську установу на обумовлений договором рахунок. У до­говорі обов'язково зазначаються номери розрахункових рахунків покупця і продавця, назви та адреси банківських установ.

Крім цих умов про передачу об'єкта продажу та його опла­ту, законодавством про приватизацію визнаються істотними і умови про зобов'язання сторін, передбачені бізнес-планом чи планом приватизації, а також зобов'язання, які були ви­значені умовами аукціону, конкурсу чи викупу, щодо здій­снення програм технічного переобладнання виробництва, впровадження прогресивних технологій; здійснення комплек­су заходів щодо збереження технологічної єдності виробниц­тва та технологічних циклів; збереження та раціонального використання робочих місць; виконання вимог антимоно-польного законодавства; збереження номенклатури та обся­гу виробництва продукції (послуг) відповідно до бізнес-плану;

завершення будівництва жилих будинків; утримання об'єктів соціально-культурного призначення; виконання заходів щодо створення безпечних і нешкідливих умов праці та охорони на­вколишнього середовища; внесення інвестицій виключно у грошовій формі, їх розміру та строків; виконання встановле­них мобілізаційних завдань (ст. 27 Закону України "Про приватизацію майна державних підприємств").

***289***

Договір купівлі-продажу об'єктів приватизації

Згаданий закон передбачає, що термін дії зазначених зобов'язань, за винятком виконання встановлених мобіліза­ційних завдань, має не перевищувати 5 років. Встановлення такого строку, на думку автора, не завжди виправдано. Щодо здійснення програм технічного переобладнання вироб­ництва, впровадження прогресивних технологій такий строк видається занадто коротким. Що стосується такого зобов'я­зання, як виконання заходів щодо створення безпечних 1 не­шкідливих умов праці та охорони навколишнього середовища, то воно взагалі не може бути обмежене у часі. Будь-яке під­приємство протягом усього часу свого існування повинне організовувати свою діяльність з додержанням норм про охо­рону навколишнього природного середовища, що передбачає і відповідні санкції за порушення цих норм.

Обмеження ж строком у 5 років виконання зобов'язань про збереження та раціональне використання робочих місць ставить у невигідне становище трудовий колектив відповідно­го підприємства.

Не повинні обмежуватися у часі також зобов'язання щодо утримання об'єктів соціально-побутового призначення. Тому вважаємо, норму про термін дії вищенаведених зобов'язань доцільно було б переглянути.

**Відповідальність сторін за невиконання чи неналежне виконання договору.** Ця умова визнається істотною ст. 27 Закону України "Про приватизацію майна державних підпри­ємств", яка встановлює, що до договору купівлі-продажу об'єкта приватизації включаються санкції за порушення його умов.

Сторони відповідають за невиконання або неналежне виконання умов договору відповідно до законодавства та умов договору. Згідно з ЦК України та законодавством про приватизацію на сторони за договором купівлі-продажу об'єкта приватизації покладається цивільно-правова відпо­відальність у таких випадках.

Відповідно до статей 231 і 232 ЦК України, якщо продавець на порушення договору не передає покупцеві продану річ, покупець має право вимагати передачі йому проданої речі та відшкодування збитків, завданих затримкою виконання, або, зі своєї сторони, відмовитись від виконання договору і вима­гати відшкодування збитків. Якщо покупець на порушення до­говору відмовиться прийняти куплену річ або сплатити за неї

10 О. Дзера

***290 Глава 9***

встановлену ціну, продавець має право вимагати, щоб поку­пець прийняв річ, сплатив ціну та відшкодував збитки, завдані затримкою виконання, або може відмовитись від договору і вимагати відшкодування збитків.

У разі прострочення виконання зобов'язань за договором купівлі-продажу об'єкта приватизації (наприклад, порушення терміну оплати об'єкта приватизації) сторони відповідають згідно зі статтями 213—215 ЦК України. Боржник, який про­строчив виконання, відповідає перед кредитором за збитки, завдані простроченням, і за неможливість виконання, що випадково настала після прострочення. Якщо внаслідок про­строчення боржника виконання втратило інтерес для креди­тора, він може відмовитися від прийняття виконання І вима­гати відшкодування збитків. У відносинах між організаціями відмова від прийняття простроченого виконання допус­кається тільки у випадках і на умовах, встановлених законом або договором. Боржник не визнається таким, що простро­чив, поки зобов'язання не може бути виконане внаслідок про­строчення кредитора. Боржник, який прострочив виконання грошового зобов'язання, повинен сплатити за час простро­чення три відсотки річних з простроченої суми, якщо законом **або** договором не встановлено інший розмір відсотків.

Закон України "Про приватизацію майна державних під­приємств" у п. 4 ст. 29 встановлює, що покупці, які не спла­тили за об'єкт приватизації протягом встановленого строку, сплачують на користь органу приватизації неустойку у розмірі 20 відсотків ціни, за яку куплено цей об'єкт, відповідно до По­станови Кабінету Міністрів У країни "Про порядок сплати і роз­мір неустойки за повну або часткову несплату покупцями коштів за об'єкта приватизації"1.

При цьому рішення про викуп об'єкта або результати кон­курсу, аукціону підлягають анулюванню.

Залишаються незрозумілими правові наслідки такого ану­лювання, бо в законі про це не йдеться. Виникає питання, чи анулювання рішення про викуп або результатів аукціону, кон­курсу означає фактичне розірвання договору, чи може бути лише приводом для звернення до суду про його розірвання.

\* Урядовий кур'єр. — 1997. — 2 вересня.

Договір купівлі-продажу об'єктів приватизації

Враховуючи, що Закон України "Про приватизацію майна державних підприємств" не передбачає правових наслідків такого анулювання, можна вважати, що договір купівлі-про­дажу діє аж до його розірвання за згодою сторін чи у судовому порядку.

Що стосується кредитора, то він на відміну від вищенаве-деного визнається таким, що прострочив, якщо відмовився прийняти належне виконання, запропоноване боржником, або не зробив дій, до вчинення яких боржник не міг виконати свого зобов'язання. Прострочення кредитора дає боржникові право на відшкодування завданих простроченням збитків, якщо кредитор не доведе, що прострочення не викликано умислом або необережністю його самого або тих осіб, на яких відповідно до закону або доручення кредитора було покладе­но прийняття виконання. Після закінчення прострочення кре­дитора боржник відповідає на загальних підставах. За грошо­вими зобов'язаннями боржник не повинен платити відсотки за час прострочення кредитора.

Як уже зазначалося, майно, що його приватизують, має відповідати певним якісним показникам, встановленим умо­вами договору, чи вимогам, що звичайно ставляться.

У разі продажу покупцеві об'єкта приватизації неналежної якості він відповідно до ст. 234 ЦК України має право за своїм вибором вимагати:

або заміни речі річчю належної якості;

або відповідного зменшення купівельної ціни;

або безоплатного усунення недоліків речі продавцем чи відшкодування витрат покупця на їх виправлення;

або розірвання договору з відшкодуванням покупцеві збитків.

Викликає обгрунтований сумнів реалізація права вимагати заміни речі, оскільки в процесі приватизації маємо справу із специфічною річчю (об'єктом приватизації), яку замінити на іншу просто неможливо, і система законодавства про прива­тизацію взагалі не передбачає можливості такої заміни. Тому, на наш погляд, цю проблему необхідно законодавче врегулювати, тобто виключити право вимагати заміни речі щодо об'єкта приватизації.

ю\*

***292***

***Глава 9***

Покупець відповідно до п. 5 ст. 29 Закону України "Про приватизацію майна державних підприємств" несе відпові­дальність ще й у таких випадках.

У разі порушення встановлених умовами договору купівлі-продажу строків внесення інвестицій у встановленому обсязі покупець сплачує пеню у розмірі 0,1 відсотка вартості не вне­сених інвестицій за кожний день прострочення.

У разі розірвання договору купівлі-продажу у зв'язку з невиконанням умов договору щодо внесення інвестицій, час­тково внесені інвестиції не повертаються, а в разі невнесення інвестицій на день подачі позову про розірвання договору покупець сплачує штраф у розмірі 10 відсотків загального обсягу інвестицій.

Якщо покупець недодержав зобов'язань щодо збереження протягом визначеного періоду профілю діяльності приватизо­ваного об'єкта, покупець сплачує штраф у розмірі 10 відсотків вартості придбаного майна.

Крім того, відповідно до ст. 23 Закону України "Про прива­тизацію невеликих державних підприємств (про малу прива­тизацію)" при недодержанні покупцем зобов'язань щодо збе­реження протягом визначеного терміну кількості робочих місць (за винятком скорочення робочих місць, пов'язаного із санкцією та реструктуризацією підприємства) він сплачує штраф у розмірі 12-кратної суми середньої заробітної плати кожного звільненого працівника та у місячний термін понов­лює кількість скорочених робочих місць.

Зазначені штрафи, крім останнього, який перераховується на рахунок служби зайнятості за місцезнаходженням при­ватизованого об'єкта, надходять до Державного бюджету України.

Крім розглянутих умов договору купівлі-продажу держав­ного майна, істотними є також усі ті умови, щодо яких за за­явою однієї із сторін необхідно досягнути згоди. Такими умо­вами можуть бути інші зобов'язання сторін, що не суперечать чинному законодавству, умови про ризик випадкової загибе­лі об'єкта приватизації, про відповідальність сторін, інші умови залежно від специфіки об'єкта приватизації та інтересів сторін.

Так, наприклад, представництво Фонду державного майна України у Печорському районі м. Києва і ТОВ "Любава" у п. 5

***Договір купівлі-продажу об'єктів приватизації 293***

договору купівлі-продажу магазину від 29 вересня 1995 р. передбачили, що ТОВ "Любава" зобов'язано забезпечувати на викупленому підприємстві торговельну діяльність продо­вольчими товарами відповідно до вимог законодавчих актів України щодо їх зберігання та продажу. Покупець (ТОВ "Лю-бава") цього зобов'язання не дотримався. Перевіряючи його діяльність, державна служба боротьби з економічними зло­чинами та санепідемстанція Печорського району м. Києва 22 січня 1997 р. виявили, що у магазині знаходились ковбасні вироби з простроченим терміном реалізації, які за органолеп­тичними показниками не відповідали державному стандар­тові 16-290-86. На порушення ст. 17 Закону "Про забезпечен­ня санепідемічного благополуччя населення" ковбасні виро­би зберігалися у підсобному приміщенні без холоду.

На підставі вказаної перевірки продавець вимагав розір­вати договір купівлі-продажу.

Рішенням арбітражного суду м. Києва його вимогу було за-доволено, і договір розірвано, оскільки покупець не виконав свого зобов'язання за договором.

Глава 10. Правове регулювання купівлі-продажу па біржах

**§ 1. Правила біржової торгівлі**

Правовий режим і функції\* Правил біржової торгівлі регулює ст. 17 Закону України "Про товарну біржу" від 10 грудня 1991 р.1. Ця стаття визначає обов'язковий зміст Правил, коло питань діяльності біржі, на які вони поширюю­ться, основні заборони, що мають діяти на товарній біржі. Правила регулюють:

порядок здійснення біржових операцій;

порядок ведення біржової торгівлі;

процедуру біржового арбітражу з цих питань. Правила біржової торгівлі визначають:

строк та місце проведення біржових операцій;

склад учасників біржових торгів і сукупність вимог, і ставляться до них;

порядок здійснення та реєстрації біржових операцій;

порядок надання та розмір плати за користування послу­гами біржі;

відповідальність учасників та працівників біржі за невико­нання або неналежне виконання правил біржової торгівлі;

інші положення, встановлені органами управління біржі. Правила біржової торгівлі затверджують загальні збори членів біржі або уповноважений ними орган. Проте слід за­значити, що наказом Мінсільгосппроду, Мінекономіки та Мінфіну України від 3 квітня 1996 р. № 103/44/62 затверджено

' Відомості Верховної Ради України. — 1992. — № 10. — Ст. 139.

***Правов» регулювання купівлі-продажу на біржах 295***

Типові правила біржової торгівлі сільськогосподарською про­дукцією (зареєстровані у Мінюсті України 16 квітня 1996 р. за № 184/1209), які є обов'язковими для всіх бірж, створених згідно із Законом України "Про товарну біржу".

Закон України "Про товарну біржу" передбачає, що на кож­ній товарній біржі мають діяти загальні заборони, а саме:

забороняється купівля та продаж товарів і контрактів з ме­тою впливу на динаміку цін (тобто навмисне їх скуповування) як однією особою безпосередньо, так і через підставних осіб;

забороняються будь-які погоджені дії учасників біржової торгівлі з метою зміни чи фіксації поточних біржових цін;

забороняється поширення неправдивих відомостей, що можуть призвести до штучної зміни кон'юнктури.

Зміст біржової угоди (за винятком найменування товару, кількості, ціни, місця і строку виконання) не підлягає розголо­шенню. Цю інформацію може бути надано тільки на письмову вимогу судам, органам прокуратури, служби безпеки, внут­рішніх справ, арбітражному суду та аудиторським організа­ціям у випадках, передбачених законодавством України.

Правила біржової торгівлі регулюють процедуру проведен­ня біржових торгів, яка має приблизно такий вигляд.

1. Юридична особа, яка бажає купити або продати біржо­вий товар, подає брокерові заявку встановленої форми з пов­ною інформацією щодо предмета угоди у строк, встановлений Правилами (як правило, не пізніше ніж за три доби до прове­дення торгів). Заявки реєструються і вводяться до банку да­них (інформаційної системи) біржі, де вони знаходяться про­тягом певної кількості торгів, встановленої Правилами.

Разом з тим наявні товари, що вимагають негайної реалі­зації (протягом одного біржового дня), виставляються на бір­жі шляхом безпосереднього подання заявки біржовому бро­керові у встановлений час. Якщо такі товари не продано про­тягом дня, їх або знімають з торгів, або за згодою брокера-продавця відомості про них вводять до банку даних.

2. У визначений час (за день до початку торгів) брокери мають одержати інформаційні листи, в яких зазначено пере­лік виставлених на торги товарів на даний біржовий день, їхня кількість та ціна.

Перед початком торгів проводиться реєстрація брокерів, що прибули на торги. Після цього вони допускаються в торго­вельний зал біржі.

296 Глава 10

*3.* Початок торгам дає встановлений сигнал. Виставлені на торги товари оголошуються на інформаційному табло (на деяких біржах — голосом). У момент оголошення брокер-продавець і брокер-покупець голосом і спеціальними профе­сійними жестами домовляються щодо укладення майбутньої угоди.

Закінчуються біржові торги згідно із встановленим сигна­лом, після чого укладати біржові угоди не можна.

Біржова угода вважається укладеною з моменту її реєстрації на біржі. Оформлення і реєстрацію біржових угод усіх видів здійснює реєстраційне бюро (палата) біржі у вста­новлений Правилами час. Угоди, зареєстровані на біржі, не підлягають нотаріальному посвідченню.

За порушення Правил біржової торгівлі встановлюються (в самих же Правилах) санкції, які застосовує біржа. Це, зокре­ма, штрафи у визначених розмірах, хоч може застосовува­тися і така санкція, як позбавлення брокера права протягом певного часу брати участь у торгах. Рішення про застосуван­ня санкцій за порушення Правил біржової торгівлі приймає­ться від імені біржового комітету його відповідальним пред­ставником (наприклад, генеральним директором біржі) у формі розпорядження.

Особливості розгляду спорів за біржовими угодами регу­люються правилами біржового арбітражу, які визначають склад біржового арбітражу, процедуру розгляду та вирішення спорів, оголошення рішення, його виконання та перегляд.

**§ 2. Біржові угоди купівлі-продажу на товарній біржі**

Залежно від місця укладення закон розрізняє біржові та позабіржові угоди, що мають, проте, однакову юридичну природу.

Біржовими угодами є дії громадян і організацій щодо вста­новлення, зміни чи припинення цивільних прав або обов'яз­ків, які вчинені на біржі в результаті біржових торгів. Укладаю­ться ці угоди через посередників — брокерські контори і бро­керів, а не самими продавцями і покупцями реального това­ру. Виконуються біржові угоди поза біржею (товару як такого

Правове регулювання купівлі-продажу на біржах 207

на біржі немає). Біржова угода має юридичні ознаки звичай­ної угоди щодо змісту, структури тексту, форми тощо.

На біржові і позабіржові угоди поширюються ті самі правові норми про угоди. Йдеться про норми розділу 1 глави З ЦК УРСР (статті 41—61), про відповідні статті розділу II "Окремі види зобов'язань", що регулюють відносини купівлі-продажу, міни, поставки. Разом з тим біржова угода має певні юридич­ні особливості. Тому види, особливості укладення біржових угод врегульовано ст. 15 "Біржові операції' та ст. 17 "Правила біржової торгівлі" Закону України "Про товарну біржу". Де­тально біржові угоди регулюються Правилами біржової тор­гівлі, що їх затверджують біржові комітети, а зміст цих угод визначається Типовими контрактами, які також затверджу­ють біржові комітети.

Щоб відрізнити біржові угоди від звичайних, небіржових, законодавець, по-перше, визначає, що діяльність щодо їх ук­ладення називається *біржовими операціями,* а по-друге, встановлює особливі умови, яким має відповідати біржова угода.

Предметом біржової угоди є так званий *біржовий товар.* Згідно з п. "а" ст. 15 Закону "Про товарну біржу" біржова угода може бути укладена на купівлю-продаж, поставку та обмін товарів, *які допущені для обігу на товарній біржі.*

На класичних товарних біржах до товарів, допущених до купівлі-продажу (біржових товарів) належать, зокрема, зер­но, м'ясо і жива худоба, птиця, нафта і нафтопродукти, цукор, кава і какао-боби, бавовна, кольорові та благородні метали.

Чинне законодавство України не містить ні визначення поняття "біржовий товар", ні обмежень щодо переліку товарів, які не можуть бути біржовими (наприклад, за законодавством Російської Федерації не може бути біржовим товаром неру­хомість, об'єкти інтелектуальної власності, твори мистецтва).

Вимоги до біржового товару регулюються Правилами бір­жової торгівлі окремих бірж.

Як правило, біржі здійснюють обмін (товарообіг) товарів, що характеризуються якісною однорідністю (речі, визначені родовими ознаками, взаємозамінюваний товар). Обов'язко­вою вимогою є те, що біржовий товар не повинен вимагати додаткового узгодження його характеристик. Товар, який подається біржі, має відповідати встановленим стандартам.

298 Глава 10

Якщо він частково втратив споживчі якості, відповідні дані мають бути відомі всім учасникам біржового торгу.

Різниця між біржовими і небіржовими угодами полягає також у тому, що суб'єктами (учасниками) біржових угод мо­жуть бути лише *члени біржі.*

Біржові угоди за різними критеріями поділяються на види. Найбільш загальним критерієм поділу є *час* виконання угоди. Відповідно до цього критерію є угоди:

*з негайним виконанням* (угоди на реальний товар або ка­сові угоди, оптові угоди). Така назва угод зумовлена тим, що придбання або відчуження товару передбачають у цьому разі саме негайне виконання угоди. За такою угодою товар має знаходитися на одному з вказаних біржею складів і переда­ватися покупцеві негайно. Конкретний термін визначається Правилами біржової торгівлі;

*термінові угоди* (угоди на строк). Згідно з такими угодами організація-продавець передає у визначений сторонами строк у власність (повне господарське відання) організації-покупцеві товар, а покупець зобов'язується прийняти і опла­тити товар на умовах (щодо строку платежу, ціни), встанов­лених договором. По суті це договори поставки біржового то­вару, строки виконання яких визначають наперед. Оскільки йдеться про поставки в майбутньому, така біржова угода називається угодою на строк або форвардною угодою.

*форвардний контракт* — це стандартний документ, який засвідчує зобов'язання особи придбати (продати) цінні папери, товари або кошти у визначений час та на певних умо­вах у майбутньому з фіксацією цін такого продажу під час укладення такого форвардного контракту.

При цьому будь-яка сторона форвардного контракту має право відмовитися від його виконання виключно за наявності згоди іншої сторони контракту або у випадках, визначених цивільним законодавством.

Продавець форвардного контракту не може передати (про­дати) зобов'язання за цим контрактом іншим особам без згоди покупця форвардного контракту.

Покупець форвардного контракту має право без пого­дження з другою стороною контракту у будь-який момент до закінчення строку дії (ліквідації) форвардного контракту про-

Правовв регулювання купівлі-продажу на біржах 200

дати такий контракт будь-якій іншій особі, включаючи продав­ця такого форвардного контракту.

Строк зазначається у договорі (біржовому контракті). Най­більша тривалість цього строку теж регулюється біржею у Правилах біржової торгівлі. До угод на строк належать також біржові угоди з товаром, який перебуває в дорозі, а також з товаром з наступним надходженням. Характерною особли­вістю угод на строк є те, що їх можна багаторазово перепро­давати на біржі аж до моменту остаточної поставки товару.

Залежно від юридичного способу забезпечення виконання виділяють біржові угоди *із заставою.* Особливістю цього виду угод є те, цю, крім основних предметів угод, до їх змісту входить і зміст іншого договору — договору застави. Він поля­гає в тому, що в момент укладення основного договору один контрагент виплачує другому суму, визначену договором як застава. Отже, щодо цієї угоди, крім основного, діє і договір застави.

Залежно від особи заставодавця цей вид біржової угоди має два підвиди: угода із заставою *на купівлю* (заставодав­цем є покупець) і угода із заставою *на продаж* (заставодав­цем є продавець).

Якщо боржник не виконав забезпечене заставою зобов'я­зання, задоволення майнових вимог кредитора проводиться за рахунок заставленої суми. У разі спору це відбувається за рішенням біржового арбітражу.

Одним з видів біржових угод на строк є ф'ючерсні угоди, предметом яких є *стандарти/біржовіконтракти* на стандарти­зований товар з наперед визначеним строком виконання, але за ціною, встановленою на день укладення контракту.

Закон України "Про оподаткування прибутку підприємств" визначає ф'ючерсний контракт як стандартний документ, що посвідчує зобов'язання придбати (продати) цінні папери, товари або кошти у визначений час та на певних умовах у майбутньому з фіксацією цін на момент виконання зобов'я­зань сторонами контракту.

При цьому будь-яка сторона ф'ючерсного контракту має право відмовитися від його виконання виключно за наявності згоди іншої сторони контракту або у випадках, визначених ци­вільним законодавством.

300 Глава 10

Покупець ф'ючерсного контракту має право продати такий контракт протягом строку його дії іншим особам без пого­дження умов такого продажу з продавцем контракту.

Особливості ф'ючерсної угоди полягають у тому, що:

• предметом ф'ючерсної угоди є купівля-продаж біржового контракту на певний товар, а не реального товару;

• предмет контракту і сам контракт мають бути стандарт­ними (в тому числі щодо кількості і якості товару, способу встановлення ціни тощо), оскільки це необхідно для підтримки біржового обігу ф'ючерсів;

• біржовий контракт (предмет ф'ючерсу) укладається на такій умові, що він має вказане біржею стандартне місце по­ставки, але може вільно продаватись і купуватись на біржі протягом усього строку своєї дії (до визначеного біржею ліквідаційного строку);

• особливістю прав продавця ф'ючерсу є можливість зво­ротного його викупу за біржовим курсом (ціною ф'ючерсного ринку) у будь-який момент до закінчення ліквідаційного строку. З свого боку, покупець має право вільного продажу ф'ючерсу за тим самим курсом і до того ж строку.

Таким чином, ф'ючерс, маючи стандартне місце поставки, є предметом біржової купівлі-продажу протягом терміну його дії. Обіг ф'ючерсів забезпечують біржові спекулянти ф'ючер-сами. Як учасники біржових торгів, вони привласнюють різ­ницю між ціною кожного ф'ючерсу (ціною ф'ючерсного ринку) і реальною ціною на товар на момент виконання ф'ючерсу.

Комерційна ідея ф'ючерсу полягає у страхуванні як про­давця, так і покупця від несприятливого коливання цін на даний товар.

Продавець реального товару має змогу залежно від курсу цін реального і ф'ючерсного ринків викупити контракт і про­дати товар за ціною, вигіднішою, ніж ціна контракту.

Покупець, якщо він не заінтересований у ціні контракту на день його виконання, може продати його на біржі.

Купівля-продаж ф'ючерсів з метою страхування від не­сприятливого коливання цін на біржовий товар протягом строку їх дії називається *хеджуванням.*

Ще одним видом біржових угод є *опціон,* тобто стандартний документ, який засвідчує право придбати (продати) цінні папери (товари, кошти) на визначених умовах у майбутньому

Правова регулювання купівлі-продажу на біржах ЗО1

*з* фіксацією ціни на час укладення такого опціону або на час такого придбання за рішенням сторін контракту.

Перший продавець опціону (емітент) несе безумовне та безвідкличне зобов'язання щодо продажу цінних паперів (товарів, коштів) на умовах укладеного опціонного контракту.

Покупець опціону має право відмовитися у будь-який мо­мент від придбання таких цінних паперів (товарів, коштів).

Претензії щодо неналежного виконання або невиконання зобов'язань опціонного контракту можуть пред'являтися виключно емітентові опціону.

Опціон може бути проданий без обмежень іншим особам протягом строку його дії.

У практиці біржової торгівлі виділяють такі види опціонних угод:

• простий опціон — покупець має право вибору: вимагати від продавця опціону виконання його зобов'язань або відсту­питися від угоди, скориставшись правом відходу;

• подвійний опціон — покупець має право вибору між позицією продавця і позицією покупця реального товару чи ф'ючерсного контракту, а також право відмовитися від по­дальшої угоди. Як правило, розмір премії, що сплачується при цьому покупцем опціону його продавцю, вдвічі більший ніж при простому опціоні;

• кратний опціон — покупець набуває право за певну до­даткову премію продавцю опціону збільшити в кілька разів партію товару або ф'ючерсних контрактів у наступній угоді. Ця нова партія повинна бути дво-, три-, чотири- і т. ін. кратною щодо попередньо обумовленого розміру.

**§ 3. Купівля-продаж іноземної валюти**

Іноземна валюта, щодо купівлі-продажу якої йтиметься у цьому параграфі, це іноземні грошові знаки у вигляді банкнотів, казначейських білетів, монет, що перебу­вають в обігу та є законним платіжним засобом на території відповідної іноземної держави, а також кошти у грошових оди­ницях іноземних держав, що перебувають на рахунках або

302 Глава 10

вносяться по банківських **та** інших кредитно-фінансових уста­нов за межами України.

Відповідно до порядку, встановленого Декретом Кабінету Міністрів України Про систему валютного регулювання і ва­лютного контролю" від 19 лютого 1993 р. № 15-93, торгівля іноземною валютою на території України резидентами і нере­зидентами—юридичними особами здійснюється через упов­новажені банки та інші кредитно-фінансові установи, що одер­жали ліцензію Національного банку України на торгівлю іно­земною валютою виключно на міжбанківському валютному ринку України.

Безпосереднє здійснення операцій на міжбанківському ва­лютному ринку України (МВРУ) дозволяється лише суб'єктам цього ринку, до яких належать:

— Національний банк України;

— уповноважені банки (комерційні банки, ям одержали ліцензію Національного банку України на право здійснення операцій з валютними цінностями);

— інші кредитно-фінансові установи — резиденти (страхо­ві, інвестиційні, дилерські тощо), які одержали ліцензію Націо­нального банку України на право здійснення валютних операцій;

— юридичні особи, які уклали (відповідно до правил, ***що*** встановлені Національним банком України) з уповноважени­ми банками агентські угоди на відкриття пунктів обміну іно­земних валют;

— кредитно-фінансові установи — нерезиденти (в тому числі іноземні банки), які мають індивідуальний дозвіл Націо­нального банку України на право здійснення операцій на МВРУ.

Структура МВРУ, крім зазначених вище суб'єктів, включає також валютні біржі або валютні підрозділи товарних і фондо­вих бірж, які одержали ліцензію Національного банку України на право організації торгівлі іноземною валютою. Так, нині чільне місце серед суб'єктів МВРУ посідає Українська між-банківська валютна біржа (УМВБ).

Відповідно до Декрету Кабінету Міністрів України "Про тим­часовий порядок використання надходжень в іноземній ва­люті" від 19 лютого 1993 р. № 16-93 та Указу Президента України "Про вдосконалення валютного регулювання" вщ 22 серпня 1994 р. було встановлено обов'язковий продаж

Правове регулювання купівлі-продажу не біржах 303

через уповноважені банки на МВРУ 50 відсотків надходжень у валюті на рахунку резидентів. Продаж цієї валюти здійснювався у такому порядку: 10 відсотків (за ринковим курсом) направлялися в офіційні валютні резерви Національного банку України, ЗО відсотків (за офіційним кур­сом) — через Міжвідомчий комітет з питань визначення пріоритетів використання валюти, 10 відсотків (за ринковим курсом) реалізовувалися на міжбанківській валютній біржі.

Разом з тим і за таких умов не підлягали обов'язковому продажу на валютному ринку валютні надходження, які:

• придбані у встановленому порядку через уповноважені банки або інші кредитно-фінансові установи, що мають ліцен­зію Національного банку України, на валютній біржі на здій­снення операцій з валютними цінностями;

• одержані фізичними особами—резидентами (в тому числі у вигляді заробітної плати) від нерезидентів, за винят­ком коштів, отриманих від господарської діяльності;

• належали дипломатичним, консульським та іншим офіційним представництвам України за кордоном, які корис­туються імунітетом і дипломатичними привілеями, а також філіям і представництвам українських підприємств та орга­нізацій за кордоном, що не здійснюють підприємницької діяльності;

• належали уповноваженим банкам та іншим кредитно-фінансовим установам, які мають ліцензію Національного банку України на здійснення валютних операцій у межах, що не перевищують встановленого ліміту відкритої валютної позиції;

• надійшли на рахунки юридичних осіб — резидентів, що виступали посередниками, як виручка від продажу товарів та послуг за дорученням (на підставі договорів комісії, консигнації, агентських угод тощо) інших суб'єктів госпо­дарської діяльності і підлягали перерахуванню останнім;

• направлялися безпосередньо на погашення заборгова­ності в іноземній валюті за кредитами, одержаними резиден­тами від іноземних кредиторів за дозволом Національного банку України або за гарантією уряду (копії цих документів передаються відповідному уповноваженому банку);

• надходили як благодійні кошти на рахунки резидентів в іноземній валюті.

304 Глава 10

Законом України "Про внесення змін до деяких декретів Кабінету Міністрів України з питань валютного регулювання" від 3 червня 1997 р. було скасовану дію норм, що передба­чали обов'язковий продаж іноземної валюти господарюючи­ми суб'єктами. Проте це не означає, що вони позбавляються права подібним чином реалізовувати свої повноваження роз­поряджатися валютними надходженнями.

Юридичні особи—резиденти можуть купувати іноземну валюту через уповноважені банки або інші кредитно-фінан­сові установи, які мають валютну ліцензію Національного банку України, на валютних біржах (у тому числі на Україн­ській міжбанківській валютній біржі):

1) для забезпечення їх зобов'язань перед нерезидентами щодо сплати продукції, послуг, робіт, прав інтелектуальної власності та інших майнових прав, за винятком оплати валют­них цінностей. Підставою для купівлі валюти в цьому разі мо­жуть бути:

• передбачені або фактично імпортовані товари і продук­ція, крім давальницької сировини;

• передбачені або фактично імпортовані роботи матеріаль­ного і нематеріального характеру;

• послуги, які надаються резидентам України за кордоном і можуть бути страховими, медичними, навчальними, по­слугами зв'язку та телекомунікацій, організаційними послугами (зокрема, з організації та проведення міжна­родних форумів);

• витрати в іноземній валюті для владнання прав інтелек­туальної власності (авторські права), купівлі прав вико­ристання (зокрема, товарних знаків, виключних прав на реалізацію продукції), забезпечення представництва (зокрема, інтересів), для оплати прав участі (наприклад, у міжнародних організаціях);

2) для забезпечення витрат на службові відрядження за кордон у межах норм, встановлених Міністерством фінансів України;

3) для забезпечення переказів за кордон пенсій, стипендій та аліментів у порядку, передбаченому угодами про неторгові платежі з відповідними країнами;

4) для сплати за межі України відсотків за кредити, одер­жані з дозволу Національного банку України;

Правове регулювання купівлі-продажу на біржах 305

5) для репатріації капіталу, що належить іноземному інвес­торові, який попередньо було інвестовано на території України, або прибутків на цей капітал (за наявності докумен­тального підтвердження про здійснення інвестиції та про розмір фактично отриманих у результаті цього прибутків іно­земного інвестора).

Куплена і зарахована на спеціальний рахунок клієнта іно­земна валюта має бути використана згідно з контрактом або відповідним документом протягом п'яти банківських днів.

Юридичні особи — нерезиденти можуть купувати іноземну валюту через уповноважені банки на валютних біржах для зворотної конвертації коштів, номінованих в українській ва­люті, які були отримані в результаті попереднього продажу іноземної валюти уповноваженому банку та зараховані на відкритий цим банком на ім'я нерезидента рахунок типу "С".

У зазначеному порядку здійснюється торгівля іноземною валютою у безготівковій формі, яка регулюється Тимчасови­ми правилами проведення валютних аукціонів Національного банку України, затвердженими Національним банком України 3 березня 1994 р.

Продаж готівкових валютних коштів банкам — членам УМВБ здійснює виключно Національний банк України на аукціонах, що проводяться в приміщенні Української міжбан-ківської валютної біржі, відповідно до Тимчасового порядку проведення аукціонів Національного банку України по прода­жу готівкових валютних коштів (лист Національного банку України від 31 січня 1995 р.).

**§ 4. Правове регулювання обігу акцій у системі фондового ринку України**

У ст.З Закону України "Про цінні папері фондову біржу" наведено вичерпний перелік видів цін паперів", до яких належать:

акції;

облігації;

облігації підприємств;

казначейські зобов'язання

**306**

ощадні сертифікати;

векселі;

приватизаційні папери.

Законом України "Про державне регулювання ринку цін­них паперів в Україні" від ЗО жовтня 1996 р. передбачений ще один вид цінних паперів — похідні цінні папери, що доцільніше було б віднести до таких інструментів фондового ринку, "які поєднують у собі елементи декількох видів цінних паперів або являють собою настільки специфічні документи, що їх не­можливо віднести до тієї чи іншої категорії"1.

До похідних цінних паперів відносять опціони, ф'ючерси, форварди, варанти та інші.

Акція — особливий цінний папір серед інших внаслідок того, що це мобільніший, з одного боку, та найскладніший, з другого — фінансовий інструмент на ринку цінних паперів. З приводу акцій укладається найбільша кількість договорів на ринку цінних паперів, що зумовлює потребу в досконалому, чіткому законодавстві та детальному регулюванні правових відносин між суб'єктами фондового ринку.

Закон України "Про державне регулювання цінних паперів в Україні" від ЗО жовтня 1996 р. обіг цінних паперів визначає як укладення та виконання угод щодо цінних паперів, які не пов'язані з їх випуском.

Для того, щоб розглянути порядок укладення договорів, їх види та зміст, треба проаналізувати структуру ринку цінних паперів.

Розглядаючи структуру ринку цінних паперів можна виділити такі види суб'єктів ринку цінних паперів:

1) емітенти — суб'єкти, які здійснюють випуск цінних па­перів. Оскільки випуск акцій — прерогатива акціонерних товариств, то емітентів акцій відносять до звичайних емітен­тів, тобто до емітентів, для яких випуск цінних паперів не є основним видом діяльності, без якого неможливо здійснюва­ти інші види діяльності;

2) інвестори — це суб'єкти, які здійснюють вкладення кош­тів або іншого майна в цінні папери, стосовно акцій — це акціонери. Акціонери належать до звичайних інвесторів,

*Кузнецова Н.С., Назарчук І.Р.* Ринок цінних паперів в Україні: правові основи формування та функціонування. — К., 1998. — С. 45.

***Правове регулювання купівлі-продажу на біржах 307***

оскільки вкладення грошових коштів в акції не в їхнім обов'язком;

3) професійні учасники ринку цінних паперів— це суб'єкти, які здійснюють професійну діяльність на ринку цінних паперів. Відповідно до ч. 2 ст. 4 Закону України "Про державне регу­лювання ринку цінних паперів в Україні професійна діяль­ність здійснюється юридичними та фізичними особами ви­ключно на підставі спеціальних дозволів (ліцензій), які вида­ються у порядку, передбаченому чинним законодавством.

Згідно зі ст. 4 Закону України "Про державне регулювання ринку цінних паперів в Україні" до видів професійної діяльності слід віднести:

—торгівлю цінними паперами, яка може бути брокерською чи дилерською;

— депозитарну діяльність;

— розрахунково-клірингову діяльність;

— діяльність з управління цінними паперами;

— діяльність з ведення реєстру власників іменних цінних паперів;

— діяльність з організації торгівлі на ринку цінних паперів.

14 травня 1997 р. своїм рішенням №7 Про визначення критеріїв професійної діяльності на ринку цінних паперів"1. Державна комісія з цінних паперів та фондового ринку (далі — ДКЦПФР) встановила, **що** до професійної діяльності на ринку цінних паперів слід віднести:

для фізичних осіб — придбання ними цінних паперів від свого імені та за свій рахунок внаслідок укладення цивільно-правових угод і подальше відчуження цих цінних паперів про­тягом календарного року, якщо розмір угод, який визначаєть­ся виходячи з номінальної вартості цінних паперів, перевищує суму, еквівалентну 1тис. неоподатковуваних мінімумів дохо­дів громадян;

для юридичних осіб — придбання ними внаслідок укладен­ня цивільно-правових угод цінних паперів та їх похідних і подальше відчуження цих цінних паперів протягом календар­ного року після їх одержання, якщо загальний оборот від обігу цих цінних паперів, який визначається виходячи з номіналь­ної вартості цінних паперів, за цими угодами перевищує суму,

' Українська інвестиційна газета. — 1997. — 24 липня.

***308***

Глава 10

еквівалентну 10 тис. неоподатковуваних мінімумів доходів громадян. Вказані показники розміру прибутку, який одержа­ний від операцій з цінними паперами, не поширюється на випадки, коли операції з купівлі-продажу цінних паперів здій­снюються через торговця цінними паперами, який має відпо­відний дозвіл ДКЦПФР.

Професійні учасники можуть виступати емітентами та інвесторами, хоч основним їх завданням є діяльність з орга­нізації та підтримання ринку цінних паперів;

4) самоврегульовані організації — це безприбуткові орга­нізації, які об'єднують професійних учасників ринку цінних па­перів з метою координації та поліпшення їх діяльності, захисту їх інтересів. Згідно з Положенням про самоврегульовану орга­нізацію ринку цінних паперів, затвердженим наказом Дер­жавної комісії з цінних паперів та фондового ринку від 11 грудня 1996 р. № 329 статус самоврегульованої організації можуть одержати:

а) громадські організації фізичних осіб — професійних учасників ринку цінних паперів;

б) об'єднання юридичних осіб — професійних учасників ринку цінних паперів;

в) фондові біржі;

5) держава — специфічний суб'єкт ринку цінних паперів. Свої повноваження держава здійснює через спеціальні дер­жавні органи. Найбільшими такими повноваженнями наділе­на Державна комісія з цінних паперів та фондового ринку, яка діє відповідно до Закону України "Про державне регулювання ринку цінних паперів", Положення про Державну комісію з цінних паперів та фондового ринку, затвердженого Указом Президента України від 14 лютого 1997 р. №142/97, та іншого чинного законодавства України.

Як зазначалося вище, обіг акцій передбачає укладення цивільно-правових угод. Такі угоди можна поділити на:

• угоди, що їх укладають з приводу первинного розміщення цінних паперів, та угоди, які укладаються на вторинному ринку;

• біржові та позабіржові угоди;

• угоди про надання послуг з приводу випуску та обігу акцій.

Угоди з приводу первинного розміщення акцій можуть укладатися у процесі приватизації, де продавцем виступає

Правове регулювання купівлі-продажу на біржах 309

Фонд державного майна (або його регіональне відділення), а також безпосередньо емітентом — недержавною юридичною особою.

Згідно із ст. 15 Закону України "Про приватизацію майна державних підприємств" від 4 березня 1992 р. продаж акцій підприємств відбувається на аукціоні, за конкурсом, на фон­довій біржі та іншими способами, що передбачають конку­ренцію покупців.

Порядок укладення договору купівлі-продажу акцій за результатами конкурсу передбачено Положенням про поря­док проведення конкурсів з продажу пакетів акцій відкритих акціонерних товариств, створених в процесі приватизації, за­твердженим наказом ФДМ України, Антимонопольного комітету і ДКЦПФР від 4 серпня 1997 р.

Сторонами у договорі виступають, з одного боку, Фонд державного майна України як продавець, з другого — пере­можець конкурсу як покупець.

Такий договір має бути підписаний протягом 10 робочих днів з моменту отримання органом приватизації протоколу про визначення остаточного переможця і затвердженення ним підсумків конкурсу.

Текст договору складається на підставі Типового договору купівлі-продажу, що затверджується ФДМ України.

У разі, якщо переможець конкурсу на момент підписання договору купівлі-продажу не отримав згоди органу Антимо­нопольного комітету, договір купівлі-продажу підписується з відкладальною умовою — отримання згоди на придбання пакета акцій відповідно до ст. 61 ЦК України.

Істотними умовами договору є:

— назва та адреса ВАТ;

— відомості про продавця та покупця;

— ціна пакета акцій, яку зобов'язується сплатити

— кількість та номінальна вартість проданих н акцій;

— терміни оплати пакета акцій;

— зобов'язання продавця;

— зобов'язання покупця;

— назва, адреса і номер банківських розрахункових рах ків покупця та продавця;

— відповідальність сторін за невиконання зобов'язань;

— правові наслідки невиконання зобов'язань.

***310***

Глава 10

За згодою сторін у договорі купівлі-продажу можуть бути додатково зазначені інші зобов'язання.

Умовами договору купівлі-продажу пакета акцій, придба­ного за результатами конкурсу, можуть бути передбачені обтяження пакета акцій певними обов'язками. Участь власників таких акцій в управлінні ВАТ, розподілі дивідендів та порядок відчуження акцій визначаються умовами догово­ру купівлі-продажу.

Невід'ємною частиною такого договору е бізнес-план чи зобов'язання щодо виконання зафіксованих умов конкурсу.

Вказаний договір купівлі-продажу обов'язково має бути посвідчений нотаріально. Всі витрати, пов'язані з нотаріаль­ним посвідченням договору купівлі-продажу, покладаються на покупця. Право власності на пакет акцій ВАТ, який прода­вався на конкурсі, переходить до переможця з моменту пов­ної сплати вартості пакета акцій, визначеної нотаріально посвідченим договором купівлі-продажу.

Неординарно законодавство вирішує питання виникнення права власності у покупців державних пакетів акцій акціонер­них товариств, угворенних у процесі приватизації, під час проведення сертифікатних аукціонів. Згідно з Положенням про порядок проведення сертифікатних аукціонів, затвердже­ним постановою Кабінету Міністрів України від 27 березня 1995 р. №218, право власності на придбані на сертифікатному аукціоні акції виникає у покупця з моменту затвердження акта ненормативного характеру — протоколу про результати сертифікатного аукціону.

Згідно із зазначеним Положенням, затвердженим наказом ФДМ України, Антимонопольним комітетом та ДКЦПФР від 8 серпня 1997 р., право власності на пакет акцій ВАТ, який продався на конкурсі, переходить до переможця з моменту повної сплати вартості пакета акцій, визначеної нотаріально посвідченим договором купівлі-продажу, що суперечить ст. 5 Закону України "Про національну депозитарну систему та особливості електронного обігу цінних паперів в Україні" від 10 грудня 1997 р., де вказано, що право власності на цінні папери на пред'явника, випущені в документарній формі, переходить до нового власника з моменту передачі (пос­тавки) цінних паперів. Право власності на знерухомлені цінні папери переходить до нового власника з моменту їх зараху­вання на рахунок власника у зберігача. Таким же моментом

Правове регулювання купівлі-продажу на біржах

обумовлений перехід права власності на цінні папери, випущені в бездокументарній формі.

Право власності на придбані акції підтверджується за­писом у реєстрі акціонерів відповідного акціонерного товариства.

Як зазначалося вище, одним із способів приватизації е продаж акцій, що належать державі, відкритих акціонерних товариств на фондовій біржі. Уповноваженим від ФДМ України продавцем пакетів акцій ВАТ, що належать державі, є Представництво ФДМ України, що створюється і діє на підставі статуту, що його затверджує ФДМ України. Покупцем вказаних акцій можуть бути юридичні та фізичні особи, які мають право за чинним законодавством України на придбан­ня державного майна у процесі приватизації.

Відповідно до Положення про порядок продажу на фондо­вій біржі пакетів акцій, що належать державі, відкритих акціо­нерних товариств, затвердженого наказом Фонду державно­го майна України від 14 листопада 1996 р. №13641, перемож­цем у процесі проведення торгів визнається учасник торгів, який назвав найвищу ціну. Учасники торгів, що стали пере­можцями, укладають на біржі біржові контракти в день торгів. У разі придбання одним покупцем кількох лотів акцій одного акціонерного товариства складається один біржовий контр­акт на загальну кількість придбаних акцій. Контракт укла­дається відповідно до типового біржового контракту, перед­баченого вказаним Положенням. У ньому зазначаються відомості про сторони, сума контракту, порядок розрахунків та сплати необхідних платежів, порядок виконання сторонами своїх зобов'язань, гарантії та відповідальність сторін.

Біржові контракти укладаються в трьох примірниках, а в разі проведення торгів у філії біржі — у чотирьох примірниках, які після підписання їх продавцем, покупцем та реєстрації реєстраційною палатою біржі передаються Представництву ФДМ, покупцеві та біржі.

Фондовий ринок України перебуває нині на зародковому етапі, проте створено всі передумови для його розвитку. Виді­ляють первинний та вторинний, біржовий та позабіржовий ринки цінних паперів. *Первинний ринок —* це ринок перших і

' Офіційний вісник України. — 1997. — № 10.

312 Глава 10

повторних емісій (випусків) цінних паперів, на якому відбу­вається їх первинне розміщення. *Вторинним ринком* нази­вається ринок, де вільно обертаються цінні папери, які вже пройшли первинне розміщення.

*Біржовий ринок цінних паперів —* це організований інсти-туційний ринок, операції якого проводять професійні учасни­ки на фондовій біржі. *Позабіржовий ринок—* ринок операцій з цінними паперами, які здійснюються поза фондовою біржею.

При первинному розміщенні акції закритого акціонерного товариства розподіляються між засновниками і не потребу­ють додаткового укладення договорів. Акції відкритого акціо­нерного товариства розповсюджуються шляхом передплати, право власності у інвесторів виникає на підставі договорів, в основному купівлі-продажу. Законодавством спеціально не встановлені обов'язкові умови договору купівлі-продажу акцій акціонерних товариств, не створених у процесі прива­тизації. Вони випливають із загальних положень цивільного законодавства, встановлених для договору купівлі-продажу. До них слід віднести:

— визначення предмета договору із зазначенням виду ак­цій, назви емітента, їх номінальної вартості та кількості;

— визначення сторін договору;

— права та обов'язки сторін;

— порядок набуття права власності на акції та корпоратив­ні права;

— ціна договору;

— порядок проведення розрахунків;

— відповідальність сторін.

В разі потреби сторони зазначають інші умови. При первинному розміщенні акцій відкрите акціонерне товариство може користуватися послугами посередників — торговців цінними паперами, яких називають андеррайтерами, запозичивши таку назву із зарубіжного законодавства. До *андерайтерів* належать інституції, "які обслуговують і га­рантують розміщення цінних паперів, здійснюють їх купівлю для наступного перепродажу приватним інвесторам."1. Розрізняють андерайтинг двох видів. Умовами договору пер-

*Міркін Я.М.* Цінні папери та фондовий ринок. — М., 1995. — С. 371.

***313***

Правом регулювання купівлі-продажу на біржах

шого виду (андерайтинг на основі твердих зобов'язань) передбачено, що андерайтер несе тверді зобов'язання щодо викупу всього або частини випуску за фіксованими цінами. Це означає, що андерайтер, беручи на себе зобов'язання щодо надання послуг по первинному розміщенню цінних паперів емітента, зобов'язаний у разі, якщо залишиться неви-купленою частина запропонованих на продаж акцій, придба­ти таку частину, приймаючи цим самим фінансовий ризик розміщення акцій.

Другий вид андерайтингу передбачає, що андерайтер тільки надає послуги з первинного розміщення акцій без зобов'язань щодо викупу нерозміщеної частини емісії. Голов­ний обов'язок андерайтера стосовно такого договору — докласти максимальних зусиль для розміщення цінних папе­рів, проте фінансової відповідальності за кінцевий результат андерайтер не несе.

Основу андерайтингових договорів становлять договори доручення чи комісії, які поєднані з договорами купівлі-про­дажу. Для першого виду андерайтингу характерно укладення угод купівлі-продажу з відкладальною умовою. За таким до­говором андерайтер зобов'язаний придбати акції за фіксова­ним цінами за настання такої умови — нерозміщення ним певної частини акцій у встановлений строк.

Порядок відчуження акцій закритих акціонерних товариств на вторинному ринку ускладнений додатковими умовами порівняно з відчуженням акцій відкритого акціонерного товариства. По-перше, як вже зазначалося, акції закритого акціонерного товариства обігу на біржі не підлягають. По-друге, як передбачено установчими документами більшості ЗАО, в разі відчуження акцій третім особам акціонер повинен одержати відмову самого товариства (у вигляді рішення за­гальних зборів) та акціонерів від купівлі таких акцій за визна­ченою ціною. Тому на практиці, крім звичайного договору купівлі-продажу, застосовують договір купівлі-продажу акцій, укладений з відкладальною умовою. Відкладальною умовою у цьому випадку є одержання відмови самого товариства та інших акціонерів від купівлі.

Обіг акцій супроводжується також укладенням ряду дого­ворів, предметом яких хоч і не є відносини купівлі-продажу акцій, але такі договори безпосередньо стосуються та впли­вають на ці відносини, а також на правовий статус акції.

***314***

Глава 10

Це стосується, зокрема, договорів, за якими власник пере дає в управління належні йому акції. Так, управління акціями відкритих акціонерних товариств, які перебувають у держав­ній власності, здійснюється через уповноважену особу, яка визначається за результатами конкурсу, що проводиться згідно з Порядком проведення конкурсу по відбору уповнова­жених осіб на виконання функцій управління акціями відкри­тих акціонерних товариств, які знаходяться в державній влас­ності, затвердженим наказом ФДМ України, Міністерством економіки та Антимонопольного комітету України від 4 серп­ня 1997 р. Юридичною підставою для виконання таких функ­цій є договір-доручення, що його укладають орган привати­зації та уповноважена особа відповідно до типової форми.

Предметом даного договору є доручення та повноваження на управління акціями та реалізацію прав акціонера відпо­відного акціонерного товариства. В договорі також визна­чаються:

— завдання уповноваженої особи;

— права та обов'язки сторін;

— умови та наслідки припинення дії частково виконаного договору;

— норми витрат;

— розмір та порядок виплати винагороди;

— санкції у випадку невиконання умов договору;

— припинення дії договору;

— особливі та додаткові дії договору.

Крім договору, управління вказаними акціями здійснюєть­ся на підставі Порядку виконання уповноваженими особами функцій по управлінню акціями, які знаходяться у державній власності, затвердженого наказом ФДМ України, Міністерст­вом економіки та Антимонопольного комітету України від 4 серпня 1997р.

В управління можуть бути передані не лише акції, що пере­бувають у державній власності. Недержавні акції можна передати, наприклад, у довірче управління довірчим това­риством. Управлінські відносини встановлюється на підставі договору на довірче управління, який укладають відповідно до типового договору довірчого товариства з довірителем майна, затвердженого наказом ФДМ, Міністерства фінансів та Антимонопольного комітету України від ЗО серпня 1995 р.

***315***

Правове регулювання купівлі-продажу на біржах

Вказаний договір передбачає обсяг повноважень дові­реної особи щодо здійснення операцій з майном, яке пере­дається в управління. Право власності на майно залишається за довірителем. Договором також мають бути передбачені права та обов'язки сторін, фінансові розрахунки, порядок розірвання та припинення дії договору.

Передача майна у вигляді акцій для виконання довірчих операцій здійснюється на підставі підписаних сторонами актів приймання-передачі. З моменту підписання вказаний акт є невід'ємною частиною цього договору.

Цивільним кодексом України не передбачено довірче управління як один із видів зобов'язань. За правовою приро­дою довірче управління подібне до таких видів зобов'язань, як доручення та комісія, тому, якщо законодавством не вста­новлено інше, на відносини з довірчого управління поши­рюються норми цивільного законодавства, що регулюють відносини комісії та доручення.

Для зменшення ризику можливих втрат та вигідного здійснення інвестицій у процесі придбання чи реалізації акцій власник може скористатися послугами торговців цінними паперами, які проводять комерційну **та** комісійну діяльність по цінних паперах.

Згідно із ст. 1 Правил здійснення торговцями цінними па­перами комерційної та комісійної діяльності по цінних папе­рах, затверджених наказом ДКЦПФР від 23 грудня 1996 р. №331, *комісійна діяльність з цінних паперів (брокерська діяльність) —* це здійснення цивільно-правових угод щодо цінних паперів, які передбачають оплату цінних паперів проти їх поставки новому власникові на підставі договорів доручен­ня чи комісії за рахунок своїх клієнтів. Комерційною діяль­ністю з цінних паперів вважається здійснення цивільно-пра­вових угод щодо цінних паперів, які передбачають оплату цінних паперів проти їх поставки новому власникові від свого імені та за свій рахунок з метою перепродажу третім особам (дилерська діяльність), крім випадків, передбачених законо­давством.

Здійснюючи комісійну діяльність по цінних паперах, тор­говці можуть у «падати як договори на виконання разового за­мовлення, так і договори на обслуговування протягом певно­го терміну, тобто договір на обслуговування. Договір на разо­ве обслуговування укладається між торговцем та клієнтом і

***316 Глава 10***

передбачає виконання операцій певного виду з конкретними цінними паперами протягом певного терміну на підставі разових замовлень клієнта. Згідно із вищезазначеними Правилами у договорі на виконання разового замовлення обов'язково має бути зазначено:

1) номер та дату видачі торговцеві дозволу на здійснення діяльності по випуску та обігу цінних паперів;

2) вид послуги, яку торговець надає клієнтові. Такими по­слугами є:

а) посередницькі послуги з купівлі цінних паперів;

б) посередницькі послуги з продажу цінних паперів;

в) посередницькі послуги з обміну цінних паперів;

г) інші послуги, передбачені чинним законодавством Договір на разове замовлення укладається тільки не вид послуг;

3) опис цінних паперів;

4) умови виконання договору, що містять термін дії та вид замовлення;

5) перелік обов'язків та прав сторін;

6) положення про канали та порядок передачі інформації та зв'язку між клієнтом і торговцем, а також відомості про уповноважених осіб сторін, через яких сторони підтримують зв'язок;

7) умови розрахунків та відсоток комісійної винагороди;

8) відповідальність сторін і порядок розгляду спорів;

9) термін дії, підстави для зміни та припинення договору. У договорі на обслуговування обов'язково мають бути визначені положення, які містяться в пунктах 1, 3,4—9. Крім того, у договорі або в замовленні повинні бути визначені особливі умови виконання операцій, перелік яких наведено у Правилах. Предметом вказаного договору є надання посе­редницьких послуг щодо купівлі, продажу, обміну цінних паперів, інших операцій, не заборонених чинним законодав­ством. Правилами встановлено спеціальні вимоги щодо оформлення такого договору (мається на увазі при визначен­ні номера договору) — крім цифрової інформації, він повинен містити додаткову літеру, яка залежить від виду послуг.

На підставі вказаних договорів торговці цінними паперами укладають угоди на біржовому та позабіржовому ринках. Угоди, які укладаються на біржі, мають відповідати вимогам як чинного законодавства, так і вимогам, встановленим нор-

***317***

Правове регулювання купівлі-продажу на біржах

мативними документами самої біржі. Правила біржі визнача­ють порядок проведення торгів, умови участі в них членів біржі, цінні папери, що допущені до обігу на біржі, та порядок укладення біржових угод.

Правилами більшості фондових бірж, наприклад, встанов­лена обов'язкова реєстрація біржових угод самою біржею. Більше того, біржова угода вступає в законну силу з моменту її реєстрації.

Деякі біржі практикують укладення тристоронніх договорів, де однією із сторін є біржа. Правилами та положеннями біржі, а іноді і біржовими угодами передбачено порядок контролю біржею укладення та подальшого виконання укладених на біржі угод.

Обігу на біржі підлягають акціі, які перебувають у лістингу і такі, що в ньому не перебувають. *Лістинг —* це внесення певних цінних паперів до біржового реєстру, якщо вони відповідають вимогам, встановленим біржею. Мінімальний рівень вимог встановлений Положенням про реєстрацію фон­дових бірж та торговельно-інформаційних систем і регулю­вання іх діяльності, затвердженим наказом ДКЦПФР від 15 січня 1997 р. Вказаним Положенням також передбачений порядок подання емітентом заяви про допуск до офіційного котирування на фондову біржу (безпосередньо або через уповноважену ним особу), згідно з якою емітент бере на себе ряд зобов'язань. Проте практика узаконила ще один шлях вступу в договірні відносини емітента з біржею — укладення договору про проведення біржею експертизи на відповідність акцій необхідним вимогам для внесення їх до біржового реєстру.

До прийняття біржею рішення про допуск (лістинг) цінних паперів до офіційного котирування біржа повинна укласти з емітентом двосторонній договір про підтримання лістингу згідно з положенням про допуск. Оскільки укласти цей договір сторони зобов'язані до прийняття біржею рішення про допуск і невідомо, чи взагалі такі акціі перебуватимуть в офіційному котируванні, то доцільно було б укладати його як угоду з відкпадальною умовою.

Обов'язковим положенням даного договору є порядок на­дання емітентом необхідної інформації для проведення біржею періодичного аналізу фінансового стану емітента, що

318 Глава 10

дає підставу для визначення відповідності поданих до лістингу акції вимогам, встановленим біржею.

У своїй діяльності акціонерне товариство та його власники користуються послугами інших учасників фондового ринку. Так, якщо кількість власників іменних цінних паперів емітента перевищує 500, емітент зобов'язаний ведення реєстру дору­чити реєстратору шляхом укладення відповідного договору. Такий обов'язок емітента визначений ст. 9 Закону України "Про Національну депозитарну систему та особливості елек­тронного обігу цінних паперів в Україні" від 10 грудня 1997 р. та Положенням про порядок ведення реєстрів власників іменних цінних паперів, затвердженим наказом ДКЦПФР *від* 24 червня 1997 р. Договір на ведення реєстру емітент може укласти лише з одним реєстратором. Рішення про передачу ведення реєстру власників іменних цінних паперів при­ймається виключно на загальних зборах акціонерів у поряд­ку, встановленому п. 2 ст. 9 зазначеного закону.

У вказаному договорі мають бути передбачені:

• назва сторін;

• предмет договору — ведення реєстру та здійснення обліку цінних паперів відповідно до функцій реєстратора;

• функції реєстратора (у Положенні про порядок ведення реєстрів наведено ряд основних функцій реєстратора, проте такий перелік не є вичерпним, і реєстратор може виконувати додаткові функції, обумовлені цим договором);

• порядок надання необхідних документів для належного виконання ним своїх функцій;

• підстави та порядок видачі виписок з реєстру;

• права та обов'язки сторін;

• відповідальність сторін.

Вказаний договір, сторонами якого є емітент і реєстратор, породжує певні права та обов'язки тих, кому належать чи на­лежатимуть (власники, номінальні утримувачі тощо) акції. Ці права та обов'язки встановлюються Положенням про поря­док ведення реєстрів. Так, наприклад, зареєстровані сторони зобов'язані інформувати реєстратора про обтяження іменних цінних паперів зобов'язаннями, у разі передачі прав влас­ності надавати реєстраторові передавальне доручення та ін. Отже, право вибору особи реєстратора належить емітентові, **їх** відносини встановлюються на підставі договору. Відносини ж власника чи іншої зареєстрованої особи встановлює зако­

***319***

Правове регулювання купівлі-продажу на біржах

нодавство, хоч це не виключає можливості додатково укласти договір.

Проте Законом України "Про Національну депозитарну систему та особливості електронного обігу цінних паперів в Україні" встановлено порядок взаємодії депозитаріїв та зберігачів з власниками цінних паперів, емітентами, торгов­цями цінними паперами, довірчими товариствами з приводу надання послуг щодо зберігання цінних паперів незалежно вщ форми їх випуску, відкриття та ведення рахунків у цінних паперах, обслуговування операцій на цих рахунках (включа­ючи кліринг за угодами щодо цінних паперів) та обслуговуван­ня операцій емітента щодо випущених ним цінних паперів. При здійсненні такої депозитарної діяльності у суб'єктів фон­дового ринку виникає необхідність укладнення ряду договорів, обов'язковість яких встановлена вищеназваним законом.

Діяльність, пов'язана із зберіганням цінних паперів та обліком прав власності на них, здійснюється на підставі: до­говору про відкриття рахунку у цінних паперах, який укла­дається власником цінних паперів з обраним ним зберігачем про передачу власником належних йому цінних паперів зберігачеві для здійснення депозитарної діяльності; депози­тарного договору, що укладається між зберігачем і обраним ним депозитарієм, за яким депозитарій веде для зберігача рахунки у цінних паперах, на яких відображаються операції з цінними паперами, переданими зберігачем, або договору про обслуговування емісії цінних паперів, який укладається між емітентом та обраним ним депозитарієм про обслуговування операцій емітента щодо випущених ним цінних паперів. Вка­зані договори мають відповідати вимогам типових договорів, затверджених ДКЦПФР.

У договорі про відкриття рахунку у цінних паперах визна­чаються умови ведення рахунку власника цінних паперів, порядок проведення операцій емітента, порядок надання облікової та фінансової інформації зберігачем, а також умови оплати його послуг. Якщо цінні папери випущені у докумен­тарній формі, у договорі також визначається спосіб зберіган­ня цінних паперів (колективний чи відокремлений).

Депозитарний договір є консенсуальним. Невід'ємна частина договору — інструкції по здійсненню депозитарної діяльності, що їх затверджує депозитарій. У Положенні про

320 Глава 10

депозитарії встановлено основні вимоги до депозитарного договору. До них належать:

1) загальні положення;

2) зміст договору із зазначенням сторін, предмета догово­ру, строку дії договору, умови ведення рахунків, порядок ве­дення операцій емітента, порядок надання облікової та фінансової інформації депозитарієм, ряд застережень, відпо­відальність сторін, розмір та порядок оплати послуг депозитарія, форми і періодичність складання звіту депозитарієм, права та обов'язки сторін.

Основні вимоги до депозитарного договору, встановлені законодавством, також є обов'язковими і для цього типу до­говору.

Обіг цінних паперів, записаних на рахунок у цінних паперах на підставі депозитарного договору, обслуговується виключ­но шляхом переведення їх на відповідний рахунок у цінних паперах у депозитарії. Депозитарії та зберігачі цінних паперів не зобов'язані надавати власникам цінних паперів документи (сертифікати, купони) для реалізації відповідних прав влас­ності при проведенні емітентом операцій із цінними папе­рами, якщо інше не передбачено договором.

У договорі про обслуговування емісії цінних паперів між емітентом чи його представником та обраним ним депозита­рієм визначається порядок прийняття на обслуговування та обслуговування емісії цінних паперів, операцій емітента в депозитарії щодо випуску ним цінних паперів, порядок пере­ведення цінних паперів з документарної форми у бездоку-ментарну тощо.

Взаєморозрахунки за угодами щодо цінних паперів здій­снюються на підставі розрахункових документів, наданих сто­ронами відповідно до договорів, що передбачають перехід права власності на цінні папери, або інформації, наданої фон­довими біржами та організаційно оформленим позабіржовим ринком. Кліринговий депозитарій для здійснення грошових розрахунків за угодами щодо цінних паперів зобов'язаний користуватися послугами, що їх надають розрахункові банки на підставі відповідного договору, типову форму якого за­тверджують ДКЦПФР і Національний банк України.

Закон України "Про Національну депозитарну систему та особливості електронного обігу цінних паперів в Україні" за­повнив деякі прогалини Закону України "Про цінні папери та

Правове регулювання купівлі-продажу на біржах 321

фондову біржу". Статтею 5 вказаного Закону визначено порядок переходу і здійснення права власності на цінні папери. Так, право власності на іменні цінні папери, які випу­щені в документарній формі, передаються новому власникові шляхом повного індосаменту. У разі відчуження знерухомлених іменних цінних паперів право власності переходить до нового власника з моменту зарахування їх на рахунок власника у зберігача. Але слід зазначити, що корпоративні права, тобто право на участь в управлінні, одержанні доходу тощо, які випливають з іменних цінних паперів, можуть бути реалізовані з моменту внесення змін до реєстру власників іменних цінних паперів.

Право власності на цінні папери на пред'явника, які випу­щені в паперовій (документарній)формі, переходить до нового власника з моменту передачі (поставки) цінних паперів.

Право власності на іменні цінні папери, випущені у без-документарній формі, переходить до нового власника з мо­менту зарахування цінних паперів на рахунок власника у зберігача.

Щодо форми угод по цінних паперах, то вони не підлягають нотаріальному засвідченню, якщо інше не передбачено зако­нодавством чи угодою сторін.

У складному механізмі функціонування фондового ринку України договір посідає особливе місце як засіб регулювання порядку емісії, обігу та обліку цінних паперів. Він покликаний заповнювати всі неврегульовані законодавством правові ніші, що надає йому особливого статусу.

Глава 11. Договори поставки. Договори про постачання енергетичних та інших ресурсів через приєднану мережу

**§ 1. Поняття та значення договору поставки**

Нормальна робота будь-якого підприєм­ства неможлива, з одного боку, без чіткого і своєчасного за­безпечення його сировиною, матеріалами, комплектуючими виробами, устаткуванням та іншими ресурсами, а з друго­го, — без рівномірного і гарантованого збуту виготовленої продукції. Задоволення попиту громадян на товари широкого вжитку значною мірою залежить від забезпечення цими то­варами торговельних організацій з боку підприємств-виготовлювачів, кооперативів або посередницьких структур. Як матеріально-технічне постачання, так і забезпечення тор­говельних організацій виготовленими товарами здійснюється на основі широко розгалуженої системи господарських зв'язків з поставок.

З переходом до ринкової економіки постала проблема збе­реження господарських зв'язків, що склалися між виробника­ми і споживачами на поставку сировини, матеріалів, енерго­ресурсів, комплектуючих виробів. Розрив цих зв'язків відчут­но позначається на поставках товарів для споживчого ринку. У зв'язку з цим вживаються заходи щодо стабілізації устале­них і налагодження нових господарських зв'язків, передусім між підприємствами, розташованими на території України.

***Договори поставки 323***

Найдоцільнішою правовою формою регулювання госпо­дарських відносин з ритмічного постачання продукції і товарів є *договір поставки.* Договір — це основний документ, що визначає права та обов'язки сторін з поставок усіх видів товарів. Підприємства є вільними у виборі предмета догово­ру, визначенні змісту зобов'язань, будь-яких інших умов гос­подарських взаємовідносин, за винятком випадків поставки товарів за міждержавними угодами.

Визначення договору поставки, яке дається у ст. 245 чинного ЦК України, певною мірою застаріло. В ньому наго­лошується, що сторонами цього договору можуть бути лише організації (юридичні особи), бо в період панування планово-адміністративної системи, коли приймався чинний ЦК України, діяльність приватних осіб у сферах матеріально-технічного постачання та оптової торгівлі заборонялася. По­ставки продукції (товарів) у той час були переважно планові, оскільки договори укладалися на підставі планових актів роз­поділу продукції, обов'язкових для обох організацій (нарядів, планів прикріплення покупця до постачальника тощо). Нині функції як постачальника, так і покупця за договором по­ставки можуть виконувати й фізичні особи, які мають статус підприємця, а централізований плановий розподіл товарів скасовано. Тому у проекті ЦК України (ч. 1 ст. 743) договір поставки визначається як договір, за яким постачальник, що є підприємцем, зобов'язується передати в обумовлений строк, що не збігається з моментом укладення договору, товари у власність покупця для використання у підприємни­цькій діяльності або в інших цілях, не пов'язаних з особистим, домашнім, сімейним або іншим подібним використанням, а покупець зобов'язується прийняти товари і сплатити за них певну грошову суму. До договору поставки застосовуються правила про договір купівлі-продажу, якщо інше не передба­чено договором або не випливає з характеру відносин сторін (ч. 2 ст. 743 проекту ЦК).

*Сторонами (суб'єктами)* цього договору є постачальник і покупець, які займаються підприємницькою діяльністю. Під­приємництво — це самостійна ініціатива, систематична, на власний ризик діяльність по виробництву продукції, виконан­ню робіт, наданню послуг та заняття торгівлею з метою одер­жати прибуток. Суб'єктами підприємницької діяльності, (під-

и\*

324 Глава 11

приємцями) можуть бути: громадяни України, інших держав, не обмежені законом у правоздатності або дієздатності;

юридичні особи усіх форм власності (ст. 2 Закону України "Про підприємництво")1.

*Предметом (об'єктом)* договору поставки є товар, який призначається для підприємницької діяльності або інших цілей, не пов'язаних з особистим, сімейним, домашнім і тому подібним споживанням. Зокрема, це продукція, призначена для виробничого споживання (сировина, матеріали, облад­нання тощо), або товари, призначені для продажу на ринку чи промислової переробки (наприклад, цукор для кондитерської фабрики).

В умовах ринкової економіки придбання підприємцем ресурсів здійснюється переважно на ринку товарів і послуг, тобто без фондів і лімітів, безпосередньо у виготовлювачів, в оптовій торгівлі, в тому числі на ярмарках, біржах, аукціонах або у комерційних посередників.

Договір поставки є консенсуальним, двостороннім і сплат­ним. Як *консенсуальний* договір він вважається укладеним з моменту досягнення сторонами згоди щодо всіх істотних умов. До згоди сторін прирівнюється і відсутність належного протягом певного строку реагування постачальника на зроб­лені покупцем у протоколі розбіжностей пропозиції щодо умов договору або рішення арбітражного чи третейського суду з переддоговірного спору у випадках, передбачених угодою сторін або законодавством.

Договір поставки *двосторонній,* бо права та відповідні обов'язки виникають для обох контрагентів. *Сплатний* харак­тер цього договору полягає в тому, що одержану від поста­чальника продукцію покупець оплачує за погодженими цінами.

Регулювання договірних відносин з поставок продукції здійснюється у різних формах. Видаючи закони та інші нор­мативні акти, держава здійснює *нормативне регулювання* цих відносин. Так, у сфері поставок діє міждержавна Угода про загальні умови поставок товарів між організаціями дер­жав — учасниць Співдружності Незалежних Держав від 20 березня 1992 р. (далі — Загальні умови поставок товарів).

' Відомості Верховної Ради України. — 1991. — № 14. — Ст. 168.

Договори поставки 325

Угода поширюється на відносини між суб'єктами господарю­вання (незалежно від форм власності) держав — учасниць Співдружності за міждержавними економічними зв'язками. Під суб'єктами господарювання розуміють підприємства, їх об'єднання, організації будь-яких організаційних форм, а також громадян, які володіють статусом підприємця, відповід­но до законів, що діють на території цих держав. Під товаром розуміють як товари народного споживання, так і продукцію виробничо-технічного призначення.

Кабінет Міністрів України затвердив Тимчасове положен­ня з питань кооперованих поставок продукції виробничо-тех­нічного призначення (1993 р.), але воно має вузьку сферу дії, бо регулює відносини між суб'єктами господарської діяльнос­ті (незалежно від форм власності) на внутрішньому ринку України з кооперованих поставок деталей, заготовок, напів­фабрикатів, комплектуючих та інших виробів галузевого або міжгалузевого призначення, виготовлених за технічною документацією споживача (замовника), технічними умовами та стандартами і необхідних для виготовлення кінцевої про­дукції.

Відповідно до Угоди про загальні умови і механізм підтрим­ки розвитку виробничої кооперації підприємств і галузей дер­жав — учасниць Співдружності Незалежних Держав від 23 грудня 1993 р. та Протоколу про механізм реалізації цієї Угоди від 15 квітня 1994 р. Кабінет Міністрів України поста­новою від 18 травня 1994 р. затвердив Положення про поря­док поставок і митного оформлення продукції за виробничою кооперацією підприємств і галузей держав — учасниць СНД. Поставка продукції за виробничою кооперацією— це постав­ка сировини, матеріалів, вузлів, деталей, запасних частин, за­готовок, напівфабрикатів, комплектуючих та інших виробів галузевого і міжгалузевого призначення, що технологічно взаємопов'язані і необхідні для спільного виготовлення кінцевої продукції.

Крім того, діють чинні з 1 серпня 1988 р. Положення про поставки продукції виробничо-технічного призначення і По­ложення про поставки товарів народного споживання (далі — Положення про поставки продукції і Положення про поставки товарів).

***326 Глава 11***

Поставки продукції за державними замовленнями (контр­актами) здійснюються відповідно до Закону України "Про по­ставки продукції для державних потреб" від 22 грудня 1995 р.

**§ 2. Організація господарських зв'язків з поставок. Порядок і способи укладення договорів поставки**

Концепцією переходу України до ринкової економіки передбачено створення ринків, узгоджена взаємо­дія яких забезпечує розподіл економічних ресурсів, адекват­них суспільним потребам. Наприклад, ринок засобів вироб­ництва забезпечує вільну реалізацію сировини, матеріалів, палива, енергії, обладнання. Його формування здійснюється шляхом заміни централізованого розподілу ресурсів вільною торгівлею більшістю видів продукції виробничо-технічного призначення. У цих умовах споживачі набувають продукцію без лімітів і фондів у порядку оптової торгівлі у комерційних оптових підприємств або за безлімітними замовленнями без­посередньо у виготовлювачів відповідно до укладених дого­ворів. Основним способом формування господарських зв'яз­ків з реалізації товарів є укладення договорів у результаті вільного продажу товарів на оптових ярмарках чи біржах. На підставі цих договорів плануються асортимент, поліпшення якості товарів та показники, що визначають виробничий і соціальний розвиток підприємства.

У період переходу до вільних ринкових відносин поставка товарів, як правило, здійснюється шляхом укладення між по­стачальниками і покупцями прямих договорів, а також за до­помогою посередницьких фірм та інших організацій, які за­безпечують поставку товарів і надають послуги щодо вста­новлення господарських зв'язків між постачальниками і покупцями. При цьому посередницькі фірми та інші організації можуть виступати стороною договору як у ролі постачальни­ка, так і в ролі покупця, беручи на себе їхні права, обов'язки та відповідальність. Сторони мають право укладати договори

Договори поставки 327

поставки через систему товарних ринків — товарних бірж, ярмарків, аукціонів та інших ринкових структур.

Органи, що регулюють поставки для державних потреб за міждержавними угодами, формують обсяги таких поставок за видами їх, територією та постачальниками і до 1 травня року, який передує поставці, подають їх регулюючим органам інших держав — учасниць СНД за погодженими формою і номенк­латурою у частині взаємних поставок. Кожна держава — член Співдружності інформує всіх її учасників про повноважні органи, які мають право видавати повідомлення про прикріплення покупців до постачальників. Органи, що регулю­ють поставки, до 1 серпня доводять до кожної держави-учас­ниці виділені квоти поставок товарів за міждержавними уго­дами, а відповідно до одержаних квот кожному споживачеві до 1 вересня визначаються ліміти на виділені ресурси з вида­чею *повідомлень про прикріплення покупця до підприємства-постачальника.*

Поставки за актами прикріплення покупців до постачаль­ників мають плановий характер, хоч покупець і постачальник (за певних умов) можуть відмовитися від укладення договору. Так, покупець має право повністю або частково відмовитися від виділеного йому товару і від укладення договору, повідо­мивши про це орган, який видав повідомлення про прикріп­лення, і постачальника в 20-денний строк з моменту його одержання.

При незгоді постачальника з повідомленням про прикріп­лення у випадку, коли кількість товару перевищує обсяг, до­ведений для державних потреб, а також за відсутності централізовано регульованих матеріальних ресурсів або з мотивів невідповідності товару, зазначеного в повідомленні про прикріплення, спеціалізації та профілю постачальника, він має право у 20-денний строк з моменту одержання повідом­лення звернутися із заявою про анулювання або зміну пові­домлення до органу, який регулює поставки товарів за місце­знаходженням постачальника. Копія заяви надсилається покупцеві. Орган, що одержав заяву постачальника про ану­лювання чи зміну повідомлення, повинен у 10-денний строк розглянути обгрунтованість заяви і в разі згоди із зауважен­нями та аргументацією постачальника переоформити при­кріплення покупця до іншого реального постачальника.

**328**

***Глава 11***

Якщо таку заяву не подано в зазначений строк, то повідом­лення вважається прийнятим до виконання, і постачальник не може відмовитися від укладення господарських договорів із споживачами.

Відповідно до Закону України "Про поставки продукції для державних потреб" від 22 грудня 1995 р. задоволення потреб у продукції, необхідної для вирішення соціально-економічних проблем, підтримання обороноздатності країни та її безпеки, створення і підтримання на належному рівні державних мате­ріальних резервів, реалізації державних і міждержавних цільових програм, забезпечення функціонування органів дер­жавної влади здійснюється за допомогою державних замов­лень та укладених на їх основі державних контрактів (договорів).

Державними замовниками виступають міністерства, інші органи державної виконавчої влади, а також державні уста­нови та організації, які уповноважені урядом укладати дер­жавні контракти з виконавцями державного замовлення і яким виділено для цієї мети кошти з державного бюджету.

Виконавцями державного замовлення можуть бути суб'єк­ти господарської діяльності України будь-яких форм власнос­ті. Для виконавців державного замовлення, заснованих пов­ністю або частково на державній власності (державних під­приємств, акціонерних товариств, у статутному фонді яких контрольний пакет акцій належить державі, орендних підпри­ємств, заснованих на державній власності), а також для суб'єктів господарської діяльності усіх форм власності — монополістів на відповідному ринку продукції — державні замовлення на поставку продукції є обов'язковими, якщо виконання такого замовлення не завдає їм збитків.

Договір поставки укладається у письмовій формі і оформ­ляється як шляхом складання одного документа, підписаного сторонами, так і шляхом обміну листами, телеграмами, теле­фонограмами тощо, підписаними стороною, яка їх надсилає. У передбачених законом випадках договір може бути укла­дений шляхом прийняття до виконання замовлення (ч. 1 ст. 44, частини 2 і 3 ст. 154 ЦК). Положення про поставки під­тверджують загальну вимогу закону щодо письмової форми договору поставки, але при цьому допускають свободу вибо­ру учасниками одного чи кількох можливих способів оформ­лення договірних відносин: а) складання одного документа,

Договори поставки 329

що підписується сторонами; б) прийняття постачальником за­мовлення покупця до виконання; в) обмін телеграмами, те­летайпограмами, телефонограмами, радіограмами або пові­домленнями за допомогою факсу. Порядок і строки укладен­ня договору поставки залежать від форми договірних відно­син, обраної учасниками. При укладенні договорів застосову­ють уніфіковані форми замовлень, протоколів розбіжностей, придатні для машинної обробки. Крім того, при оформленні конкретного договору сторони можуть використовувати (як зразкові) договори, що розробляються і рекомендуються для прискорення і спрощення договірної роботи на підприєм­ствах.

При поставках за міждержавними угодами покупець, одер­жавши повідомлення про прикріплення, у 20-денний строк надсилає постачальникові замовлення-специфікацію із зазначенням усіх умов, необхідних для поставки товару. По­стачальник протягом 20 днів після одержання замовлення-специфікації повідомляє покупця про прийняття замовлення або надсилає свій проект договору.

Проект письмового договору у двох примірниках надси­лається постачальником покупцеві і в тому разі, коли від останнього не надійшло замовлення на поставку. Для цього постачальникові дається 20-денний строк з моменту одер­жання повідомлення про прикріплення. Договір підписує керівник суб'єкта господарювання або уповноважена ним особа, скріплюється печатками. При укладенні договору шля­хом обміну листами, телеграмами, телетайпограмами або через засоби телекомунікації кожна із сторін повинна мати докази, які підтверджують направлення (передачу) іншій сто­роні відповідних пропозицій та одержання відповіді на них.

Сторона, яка одержала проект договору, в 20-денний строк підписує його і один примірник повертає другій стороні. Якщо у неї є заперечення щодо поданого проекту, договір підписує­ться з протоколом розбіжностей, про що в обов'язковому порядку робиться застереження у договорі. У разі відсутності такої відмітки заперечення не мають юридичної сили.

Одержавши договір з протоколом розбіжностей, поста­чальник у 20-денний строк розглядає ці розбіжності, включає до договору усі прийняті ним пропозиції покупця, а неприйняті умови в цей самий строк передає органові, що вирішує гос­подарські спори за місцезнаходженням постачальника. Якщо

330 Глава 11

розбіжності не будуть передані на вирішення зазначеного органу, то договір вступає в силу в редакції сторони, яка скла­ла протокол розбіжностей.

**§ 3. Зміст договору поставки**

Відповідно до ч. 1 ст. 660 проекту ЦК України зміст договору становлять умови (пункти) як ті, що погоджені сторонами, так і ті, що приймаються ними як обов'язкові на підставі чинного законодавства.

Договір поставки може виконувати роль основного доку­мента, що визначає права та обов'язки сторін, якщо в ньому чітко і повно викладено необхідні умови поставки.

Відповідно до ст. 153 ЦК України договір вважається укла­деним, якщо між сторонами в потрібній у належних випадках формі досягнуто згоди за всіма істотними умовами. В дого­ворі обов'язково обумовлюються кількість, номенклатура (асортимент), якість, строки поставки, ціна товару, відванта-жувальні та платіжні реквізити. У разі відсутності цих умов у договорі він вважається неукладеним. Щодо інших умов, як, наприклад, про комплектність, порядок розрахунків тощо, то їх може і не бути в конкретному договорі. Проте, якщо на визначенні таких умов у договорі наполягає одна із сторін, вони також набувають значення істотних.

Договір поставки може бути укладений на один рік, на строк, більший одного року (довгостроковий договір), або на інший строк, передбачений угодою сторін. Якщо у довгостро­ковому договорі кількість належних до поставки товарів або інші умови договору визначено на рік або на менш тривалий період, у договорі має бути встановлений порядок погоджен­ня цих умов сторонами на наступні періоди до закінчення строку дії договору. У разі відсутності в договорі такого поряд­ку договір визнається укладеним відповідно на один рік або на період, на який погоджено умови договору. При відмові або ухиленні однієї із сторін довгострокового договору від погодження кількості належних до поставки товарів або інших умов на наступні періоди в порядку, встановленому догово­ром, інша сторона має право звернутися до суду з вимогою

***331***

Договори поставки

про визначення умов поставки товарів на відповідні періоди або про розірвання договору (ст. 744 проекту ЦК).

*Кількість* належних до поставки товарів визначається у до­говорі на основі замовлення покупця. Для підприємств-по­стачальників найважливіших видів матеріально-технічних ресурсів у разі потреби можуть встановлюватися спеціальні квоти (державне бронювання) на обов'язковий продаж цих ресурсів виконавцям державних замовлень, які мають стра­тегічне значення і пов'язані з підтриманням необхідного рівня обороноздатності країни та її безпеки.

З визначенням кількості належної до поставки продукції тісно пов'язане поняття *асортименту.* Розподіл товарів за окремими групами та співвідношення їх і становлять асорти­мент. Він обумовлюється або в самому договорі, або у специ­фікації, яка додається до договору і є його невід'ємною час­тиною. Якщо йдеться про поставку продукції, замість терміна "асортимент" іноді вживається рівнозначний йому термін "но­менклатура". Розрізняють асортимент груповий і розгорну­тий. *Груповий* асортимент — це співвідношення більш-менш значних груп певної продукції, обумовленої в договорі. *Роз­горнутим* (або внутрішньогруповий) асортимент — це харак­теристика в договорі окремих груп належної до поставки про­дукції детальнішими показниками (за артикулами, фасонами, моделями, розмірами тощо).

Розгорнута номенклатура (асортимент) належної до по­ставки продукції визначається в договорі на основі замовлен­ня покупця. Постачальник повинен задовольняти обгрунто­вані вимоги покупця за номенклатурою, якщо вони відпові­дають спеціалізації та профілю постачальника. Якщо в ході виконання договору постачальник допускає відхилення від погодженого асортименту, то діє таке правило: поставлена продукція однієї назви, що входить в асортимент, не зарахо­вується у покриття недопоставки продукції іншої назви, крім випадків, коли поставку здійснено з попередньої згоди покуп­ця або останній прийняв продукцію для використання.

Однією з істотних умов договору, яка характеризує пред­мет поставки з точки зору придатності його до використання за цільовим призначенням, є умова щодо *якості* продукції. Якість продукції — це сукупність властивостей і характе­ристик, які відображають рівень новизни, надійність, довго­вічність, економічність продукції і зумовлюють її здатність

І

***Глава 11***

задовольняти відповідно до свого призначення потреби споживачів.

Згідно з Положенням про поставки продукції (п. 39) та По­ложенням про поставки товарів (п. 32) продукція і товари мають відповідати за якістю стандартам, технічним умовам, іншій документації, що встановлює вимоги до якості продукції, або зразкам (еталонам). Декретом Кабінету Міністрів України "Про стандартизацію і сертифікацію" від 10 травня 1993 р. визначено, що нормативні вимоги щодо якості встановлюють­ся такими видами нормативних документів із стандартизації:

а) державними стандартами України; б) галузевими стандар­тами; в) стандартами науково-технічних та інженерних това­риств і спілок; г) технічними умовами; д) стандартами під­приємств. У договір! на поставку продукції потрібно зазна­чати посилання на нормативні документи, що пройшли дер­жавну реєстрацію, за якими поставлятиметься продукція.

Договір може передбачати більш високі вимоги щодо якості продукції порівняно з нормативними документами. Це дає змогу своєчасно врахувати зрослі вимоги споживачів. Виго­товлювач (постачальник) засвідчує якість продукції відповід­ним документом, який надсилається покупцеві разом з про­дукцією, якщо інше не передбачено обов'язковими правила­ми чи договором.

З метою запобігання реалізації продукції, небезпечної для життя, здоров'я та майна громадян і навколишнього середо­вища, сприяння споживачеві в компетентному виборі продук­ції проводиться обов'язкова (щодо певних видів продукції) або добровільна сертифікація. Продукція, що імпортується та підлягає обов'язковій сертифікації на території України, повинна супроводжуватися *сертифікатом,* який підтверджує відповідність її обов'язковим вимогам нормативних документів.

У справі забезпечення належної якості, надійності та довговічності продукції/призначеної для тривалого користу­вання або зберігання, важливе місце належить *гарантійним строкам.* За ст. 250 ЦК України гарантійний строк — це передбачений стандартом, технічними умовами або догово­ром триваліший, порівняно із загальними строками якісної перевірки, строк для виявлення покупцем недоліків поставле­ної продукції. На вимогу покупця постачальник повинен без­платно виправити недоліки, виявлені протягом гарантійного

***333***

***договори поставки***

строку, або замінити продукцію доброякісною, або повернути сплачену за неї суму, якщо не доведе, що недоліки виникли внаслідок порушення покупцем правил користування продук­цією або зберігання її.

Дещо інше розуміння гарантійного строку випливає зі зміс­ту ст. 704 проекту ЦК. Товари, які продавець зобов'язаний передати покупцеві, мають відповідати умовам договору або певним обов'язковим вимогам у момент їх передання покуп­цеві, якщо інший момент визначення відповідності товарів цим вимогам не передбачений договором, і в межах розум­ного строку мають бути придатними для мети, з якою товари такого роду звичайно використовуються.

Коли договором або законом, іншими правовими актами передбачено надання продавцем гарантії якості товарів, про­давець зобов'язаний передати покупцеві товари, що мають відповідати зазначеним вимогам протягом певного періоду часу, встановленого договором або законом чи іншими пра­вовими актами (гарантійного строку). Гарантія якості товару поширюється і на всі комплектуючі вироби, якщо інше не передбачено договором.

Отже, якщо за ст. 250 ЦК України гарантійний строк озна­чає строк для встановлення покупцем у належному порядку недоліків у поставленій продукції з наступним пред'явленням до постачальника відповідних вимог, то за ст. 704 проекту ЦК він означає гарантування постачальником (продавцем) про­тягом певного часу відповідності товарів певним вимогам, зазначеним у договорі або нормативних документах. Слід відзначити, що і в юридичній літературі немає єдності думок щодо сутності гарантійного строку1. Мабуть, правильно було б розглядати гарантійний строк як строк дії гарантійного зобо­в'язання, яке є додатковим до основного зобов'язання по­ставки і зміст якого становлять права та обов'язки щодо га­рантування постачальником протягом цього строку відповідності товарів певним вимогам і можливості виявлення у цей строк у товарах недоліків з наступним пред'явленням до постачальника претензійних вимог.

' Див.: *Луць В.В.* Строки захисту цивільних прав. — Львів, 1993. С. 4—21.

334 Глава 11

Відповідно до ст. 705 проекту ЦК України гарантійний строк починає спливати з моменту передання товарів покупцеві, якщо інше не передбачено договором. Якщо покупець по­збавлений можливості використовувати товар, щодо якого договором встановлено гарантійний строк, за обставин, що залежать від продавця, гарантійний строк не спливає до усу­нення відповідних обставин продавцем. Якщо інше не перед­бачено договором, гарантійний строк подовжується на час, протягом якого товар не міг використовуватись через вияв­лені в ньому недоліки, за умови вчасного повідомлення про­давця про ці недоліки товару. Гарантійний строк на комплек­туючі вироби вважається рівним гарантійному строкові на основний виріб і починає спливати-одночасно з гарантійним строком на основний виріб. При заміні товару (комплектую­чого виробу) неналежної якості на товар, що відповідає умо­вам договору, гарантійний строк на нього починає спливати заново.

За чинним законодавством про поставки, гарантійний строк на товари обчислюється з дня продажу виробу через роздрібну торговельну мережу, а на продукцію — з дня вве­дення виробів в експлуатацію, але не пізніше 6 місяців для діючих і 9 місяців для тих підприємств, цю будуються. На вироби, цю їх використовують на підприємствах із сезонним характером робіт, 1 на запасні частини гарантійний строк встановлюється не більше року з дня надходження їх на під­приємства, якщо інше не передбачено стандартами, техніч­ними умовами або договором.

Сторони можуть визначати гарантійні строки у договорі, якщо вони не передбачені нормативними документами, і навіть подовжувати вже встановлені гарантійні строки.

Відповідно до статей 706 і 707 проекту ЦК України законом, іншими правовими актами, стандартами або іншими обов'яз­ковими правилами може бути визначений строк, по закін­ченні якого товар вважається непридатним для використання за призначенням (строки придатності).

Товар, на який встановлено *строк придатності,* продавець повинен передати покупцеві з таким розрахунком, щоб він міг бути використаний за призначенням до закінчення строку придатності. Строк придатності визначається періодом часу, який обчислюється з дня виготовлення товару і протягом

Договори поставки 335

якого він придатний для використання, або терміном (датою), до настання якого товар придатний для використання.

Характеристика предмета договору поставки іноді пов'яза­на з визначенням *комплектності продукції.* Додержання умо­ви про комплектність поставки має надзвичайно важливе значення у справі своєчасного і раціонального використання машин, устаткування, в освоєнні нових виробничих потуж­ностей, бо поставлений без якихось складових частин агрегат осідає у споживача "мертвим" вантажем.

Продукція має поставлятися комплектне, відповідно до вимог стандартів, технічних умов або прейскурантів. Якщо комплектність не визначена цими документами, вона в разі потреби обумовлюється договором. У договорі може бути передбачено поставку продукції з додатковими до комплекту виробами або без окремих непотрібних покупцеві виробів, що входять до комплекту (ст. 251 ЦК).

До найважливіших умов договору поставки цивільне зако­нодавство відносить *строки поставки. В* літературі та договір­но-арбітражній практиці прийнято поділяти ці строки на *за­гальні* та *окремі* (часткові). Загальний строк поставки збі­гається по суті із строком дії договору. Якщо загальний строк поставки є відрізком часу, протягом якого постачальник повинен здійснити поставку усієї передбаченої договором кількості продукції, то окремі строки визначають поставку продукції частинами, окремими партіями у межах строку дії договору. Питання про встановлення окремих строків постав­ки передане на розсуд сторін. Строки або періоди поставки (квартальні, місячні, декадні тощо) встановлюються в догово­рі з урахуванням безперебійного постачання покупців, забез­печення ритмічності поставки та особливостей виробництва.

Відповідно до ст. 745 проекту ЦК України у разі, якщо сто­ронами передбачено поставку товарів протягом строку дії до­говору окремими партіями, але строки поставки окремих партій (періоди поставки) у ньому не визначені, то товари мають поставлятися рівномірними партіями помісячне, оскільки інше не випливає із закону, інших правових актів, звичаїв ділового обороту або суті зобов'язання. Поряд із визначенням періодів поставки в договорі може бути вста­новлений графік поставки товарів (декадний, добовий, пого­динний тощо). Дострокова поставка товарів може здійснюва­тися за згодою покупця. Товари, поставлені достроково і

**339 *Глава 1***

прийняті покупцем, зараховують у рахунок кількості товарів які належать до поставки в наступному періоді.

Істотною умовою договору поставки є *ціна.* Від цін та обся гу поставки залежить загальна сума договору. Ціни н. продукцію, а також на тару й упаковку встановлюють у поряд ку, передбаченому чинним законодавством.

Відповідно до вимог стандартів, технічних умов або дого­вору постачальник повинен *маркувати* продукцію, яку він виготовляє. Крім того, на упаковці або безпосередньо на самій продукції слід проставляти знаки для товарів, за­реєстровані у встановленому порядку. Щоб забезпечити схоронність продукції при перевезенні або зберіганні, її треба поставляти у належній *гарі* чи *упаковці.* Вимоги щодо якості тари й упаковки визначаються стандартами, технічними умо­вами або договором. Тара, пакувальні і в'язальні матеріали багаторазового використання, засоби пакетування, спеціалі­зовані контейнери підлягають поверненню постачальникові або здачі тарозбиральним організаціям. Крім розглянутих умов, у договорі можуть обумовлюватися порядок відванта­ження, доставки і здачі продукції покупцеві, порядок розра­хунків та інші умови поставки.

**§ 4. Виконання договору поставки**

Виконання договору поставки полягає у здійсненні сторонами всіх прав та виконанні ними всіх обов'язків, передбачених договором. Відповідно до ст. 171 ЦК України взаємні зобов'язання за договором мають викону­ватися одночасно, якщо інше не випливає із закону, договору або змісту зобов'язання. Свій головний обов'язок — пере­дати покупцеві або за його дорученням (рознарядкою) іншому підприємцеві певну продукцію — постачальник здійснює так:

він або відвантажує продукцію на адресу покупця чи іншої особи, або повідомляє їх про готовність продукції до здачі. В останньому випадку покупець вибирає продукцію на складі постачальника і вивозить Ті своїми чи найманими засобами і за свій рахунок.

У статтях 161, 207 та 208 ЦК України зазначено, що зобов'язання мають виконуватися в натурі, належним чином

***Договори поставки 337***

і в установлений строк згідно із законом, договором, а за від­сутності таких вказівок — згідно з вимогами, що звичайно ставляться. Під час виконання договорів кожна сторона повинна зважати на інтереси другої сторони, виконувати їх найекономічнішим чином і всіляко сприяти другій стороні у виконанні нею своїх обов'язків.

За ст. 746 проекту ЦК України поставка товарів здійснює­ться постачальником шляхом відвантаження (передання) товарів покупцеві за договором або особі, зазначеній у дого­ворі як одержувач. У разі, якщо договором передбачене право покупця давати вказівки про відвантаження товарів окремим одержувачам (відвантажувальні рознарядки), відвантаження (передання) товарів здійснюється постачаль­ником на адресу одержувачів, які зазначені у відвантажу-вальній рознарядці. Зміст вивантажувальної рознарядки і строк Ті направлення покупцем постачальникові визначають­ся договором. Якщо строки направлення відвантажу вальної рознарядки договором не передбачені, рознарядка має бути направлена постачальникові не пізніше ніж за ЗО днів до на­стання періоду поставки. Якщо покупець не надав відвантажувальної рознарядки у встановлений строк, то постачальник має право або відмовитися від виконання договору, або вимагати від покупця оплати товарів. Крім того, постачальник може зажадати відшкодування збитків, заподіяних у зв'язку з ненаданням вивантажувальної рознарядки.

Доставку товарів постачальник здійснює шляхом відванта­ження їх транспортом і на умовах, передбачених у договорі. Якщо в договорі не визначено, яким видом транспорту або на яких умовах здійснюється доставка, право вибору виду тран­спорту або визначення умов доставки товару належить по­стачальникові, оскільки інше не випливає із закону, інших правових актів, звичаїв ділового обороту або суті зобов'язан­ня (ст. 747 проекту ЦК).

У разі *іногородніх* поставок продукцію здебільшого відправ­ляють залізничним або водним транспортом вантажною швидкістю або здають установі зв'язку для пересилання покупцеві. Одержувачам, що перебувають у важкодоступних районах, куди немає іншого способу доставки товарів, крім повітряного транспорту, поставка здійснюється цим видом транспорту. У договорі може бути передбачено відван-

335 Глава 11

таження товарів будь-яким видом транспорту або вибірка їх покупцями.

Вибірка товарів передбачається договором здебільшого для одногородніх поставок, коли покупець перебуває в одно­му з постачальником населеному пункті і вибирає товари зі складів постачальника. Відповідно до ст. 751 проекту ЦК України у разі, якщо договором передбачено передання товарів покупцеві (одержувачеві) у місці перебування поста­чальника (вибірка товарів), покупець повинен оглянути това­ри, що йому передаються, у місці їх передання, якщо інше не передбачено законом, іншими правовими актами або не випливає із суті зобов'язання. При виявленні невідповідності товарів умовам договору він має право відмовитися від їх одержання. Невибірка покупцем (одержувачем) товарів у встановлений договором строк, а за його відсутності — у розумний строк після одержання повідомлення постачальни­ка про готовність товарів до передання, дає постачальникові право відмовитися від виконання договору або зажадати від покупця оплати товарів.

Виконуючи зобов'язання, постачальник повинен додержу­ватися умов договору щодо кількості, асортименту, якості, строків та інших умов поставки.

Поставлену відповідно до умов договору продукцію поку­пець повинен прийняти й оплатити за встановленими цінами (ч. 1 ст. 245 ЦК).

За ст. 750 проекту ЦК України покупець (одержувач) зобо­в'язаний вчинити всі необхідні дії, що забезпечують прийнят­тя товарів, поставлених відповідно до умов договору. Прий­нятий покупцем товар слід належним чином оглянути у строк, визначений законом, іншими правовими актами, договором або звичаями ділового обороту. Покупець повинен у цей самий строк перевірити кількість, асортимент, якість, комп­лектність, тару й упаковку товару та додержання постачаль­ником інших умов договору в порядку, встановленому зако­ном, іншими правовими актами, звичаями ділового обороту або договором, і про виявлені невідповідності негайно пові­домити постачальника у письмовій формі. У разі одержання поставлених товарів від транспортної організації покупець (одержувач) зобов'язаний перевірити відповідність товарів відомостям, зазначеним у транспортних і супровідних доку-

Договори поставки 339

ментах, а також прийняти ці товари від транспортної органі­зації з додержанням правил, передбачених законом, іншими правовими актами, що регулюють діяльність транспорту.

Одержання продукції від транспортної організації — це лише початковий моменту прийманні її. Остаточну перевірку відповідності одержаної продукції умовам договору, як правило, проводить одержувач на його складі за Інструкцією про порядок приймання продукції виробничо-технічного при­значення і товарів народного споживання за кількістю (від 15 червня 1965 р.) та Інструкцією про порядок приймання продукції виробничо-технічного призначення і товарів народ­ного споживання за якістю (від 25 квітня 1966 р.).

Правила, що регулюють перевірку продукції і товарів за кількістю та якістю, багато в чому збігаються, тому результати приймання часто оформляють одним актом. Це створює можливість подальшої уніфікації зазначених правил. Одно­часно перевіряють асортимент продукції та комплектність, тару, упаковку, маркування та відповідність їх вимогам стан­дартів, технічних умов або договору.

Перевірка продукції на складі одержувача проводиться у певні строки, незалежно від надходження рахунку та інших документів на продукцію. Так, вагу нетто І кількість товарних одиниць у кожному місці перевіряють одночасно з відкриван­ням тари, але не пізніше 10 днів з моменту одержання про­дукції. Для перевірки продукції за якістю при місцевій поставці надається 10 днів, при іногородній — не більше як 20 днів. Акт про приховані недоліки має бути складений протягом п'яти днів після виявлення недоліків, але не пізніше чотирьох міся­ців з дня надходження продукції до складу одержувача.

Якщо під час приймання продукції виявлено недостачу або порушення умов щодо якості, комплектності тощо, одержувач повинен зупинити перевірку і забезпечити зберігання одер­жаної продукції в умовах, які запобігають погіршенню якості або змішуванню її з іншою однорідною продукцією. Про пору­шення, виявлені під час перевірки, складають акт за підписа­ми сторін, уповноважених на приймання керівником під­приємства-одержувача.

Подальше правове оформлення результатів перевірки може бути здійснено одним із таких способів:

а) складання двостороннього акта за участю представника

**340 *Глава 11***

відправника або виготовлювача, якщо продукцію одержано в оригінальній упаковці або непорушеній тарі останнього. Виклик представника місцевого постачальника для участі в перевірці обов'язковий. Представника іногороднього відправ­ника викликають лише у випадках, передбачених обов'язко­вими правилами або договором;

б) відправник уповноважує на участь у прийманні іншу особу, яка перебуває в місці одержання продукції;

в) постачальник дає згоду на одностороннє приймання продукції покупцем;

г) у перевірці бере участь експерт бюро товарних експер­тиз або представник відповідної інспекції з якості;

д) якщо представники вищезазначених організацій не з'я­вилися, перевірка проводиться з участю компетентного пред­ставника іншого підприємства, виділеного керівником цього підприємства на прохання одержувача;

е) до перевірки можуть залучатися компетентні представ­ники громадськості самого підприємства-одержувача з числа осіб, затверджених для цього рішенням профспілкового комі­тету. Представниками громадськості не можуть бути мате­ріально відповідальні та підлеглі їм особи.

Результати перевірки продукції оформляють актом; його підписують усі особи, які брали участь у перевірці, і затвер­джує керівник підприємства-одержувача. Акт приймання з необхідними додатками до нього є підставою для пред'явлен­ня претензій і позовів у зв'язку з порушенням умов договору.

Розрахунки за поставлену продукцію здійснюються, за за­гальним правилом, безпосередньо між відправниками і одер­жувачами. Якщо відповідно до чинних правил у розрахунках за продукцію бере участь підприємство, яке не є стороною за договором, то воно щодо розрахунків користується правами і несе обов'язки сторони за договором. Порядок і форми роз­рахунків визначаються в договорі відповідно до чинних бан­ківських правил.

За ст. 752 проекту ЦК України покупець оплачує товари, що поставляються, з додержанням порядку і форми розра­хунків, передбачених договором. Якщо угодою сторін порядок і форми розрахунків не визначені, розрахунки здійснюються платіжними дорученнями. У разі, коли в договорі передбаче­но поставку товарів окремими частинами, що входять до ком­плекту, оплата товарів покупцем проводиться після відванта-

Договори поставки 341

ження (вибірки) останньої частини, що входить у комплект, оскільки інше не обумовлено договором. Якщо договором передбачено, що оплата товарів здійснюється одержувачем (платником) і він безпідставно відмовився від оплати або не здійснив оплату товарів у встановлений договором строк, постачальник має право зажадати оплати поставлених товарів від покупця.

Під час виконання договору поставки може виникнути по­треба внести зміни або доповнення до окремих його умов. Закон забороняє односторонню відмову від виконання зобо­в'язання або односторонню зміну умов договору, за винят­ком випадків, передбачених спеціальним законодавством. Сторони можуть подовжити дію договору на новий строк. Зміна, розірвання або подовження дії договору оформляють­ся додатковою угодою, яку підписують сторони, чи шляхом обміну листами, телеграмами тощо.

Положеннями про поставки передбачено випадки, коли покупець має право в односторонньому порядку відмовитися від виконання договору, зокрема: а) при поставці продукції з відхиленнями за якістю від нормативної документації; б) при завищенні постачальником ціни на продукцію тощо. Покупець може також відмовитися від передбаченої договором продук­ції (повністю або частково) за умови, що він повністю відшко­дує постачальникові збитки, спричинені такою відмовою.

Відповідно до ст. 957 проекту ЦК України одностороння від­мова від виконання договору поставки (повна або часткова) допускається у разі істотного порушення договору однією сто­роною. Порушення договору постачальником припускається як істотне у разі: 1) поставки товарів неналежної якості з недоліками, які не можна усунути у прийнятний для покупця строк; 2) неодноразового порушення строків поставки.

Порушення договору покупцем припускається як істотне у разі: 1) неодноразового порушення строків оплати товарів;

2) неодноразової невибірки товарів. Угодою сторін можуть бути передбачені інші підстави для односторонньої відмови від виконання договору поставки або односторонньої зміни його умов. Договір поставки вважається відповідно зміненим або розірваним з моменту одержання стороною повідомлення іншої сторони про односторонню відмову від виконання дого­вору, якщо інший термін не передбачений у повідомленні або не визначений угодою сторін.

Глава 11

**§ 5. Правові наслідки порушення договору поставки**

Сторони повинні вживати всіх необхідних заходів щодо виконання договорів поставки. Порушення умов договору призводить до невигідних майнових наслідю'в для його учасників. Часто це завдає шкоди і загальнодержавним інтересам. У системі стимулюючих засобів, разом із засоба­ми заохочення, важлива роль належить майновій відпові­дальності, а також засобам оперативного впливу на право­порушника.

Відповідальність за невиконання або неналежне виконан­ня договору поставки настає у формі *відшкодування збитків* і *неустойки* (штрафу або пені). За загальним правилом, неус­тойка у договорі поставки є заліковою, бо збитки відшкодо­вуються лише в частині, не покритій неустойкою. Лише у випадках недопоставки або поставки продукції неналежної якості чи некомплектної покупець стягує з постачальника встановлену неустойку і, крім того, завдані такою поставкою збитки без зарахування неустойки. Застосування санкцій є правом (а не обов'язком) сторони за договором.

Розглянемо наслідки порушення сторонами найголовніших умов договору поставки.

Невиконання постачальником свого обов'язку передати покупцеві певну кількість продукції в обумовленому асорти­менті та у встановлений строк може виявитися у таких пра­вопорушеннях, як прострочення поставки або непоставка та недопоставка. *Прострочення поставки* або *недопоставка —* це однотипні правопорушення, бо в разі недопоставки прострочено поставку якоїсь частини (партії) продукції в обу­мовлений строк. Тому правові наслідки цих правопорушень однакові.

У разі прострочення поставки або недопоставки поста­чальник сплачує покупцеві неустойку, розмір якої залежить від вартості непоставленої у встановлений строк продукції. Виходячи з принципу реального виконання зобов'язання (статті 207 і 208 ЦК), постачальник повинен поповнити недо-поставлену кількість продукції в наступному періоді у межах строку дії договору.

Договори поставки 343

Відповідно до пунктів 2 і 3 ст. 748 проекту ЦК України за довгостроковим договором кількість товарів, недопоставле-них постачальником в окремому періоді поставки, підлягає поповненню у наступному періоді (періодах) у межах того року, в якому допущено недопоставку товару, якщо інше не передбачено у договорі. Товари, поставлені одному одержу­вачеві понад кількість, передбачену в договорі або відванта-жувальній рознарядці, не зараховуються у покриття недопос­тавки іншим одержувачам і підлягають поповненню поста­чальником, якщо інше не передбачено у договорі.

За чинним законодавством, поповнення недопоставки продукції здійснюється в асортименті того періоду, в якому вона мала місце, а товарів — в асортименті наступного стро­ку поставки, якщо іншу номенклатуру (асортимент) не буде додатково погоджено між сторонами. Проте, покупець това­рів може вимагати поповнення недопоставки в асортименті того періоду, в якому вона мала місце. Він також має право відмовитися від продукції, поставку якої прострочено, якщо інше не передбачено в договорі. Продукцію, відвантажену постачальником до одержання повідомлення покупця, остан­ній повинен прийняти й оплатити.

Зазначена вище неустойка за недопоставку або простро­чення поставки нині стягується одноразово. Це означає, що обсяг недопоставленої продукції не враховується при визна­ченні розміру неустойки за такі самі порушення в наступних здавальних періодах. Більше того, тут діє певна заохочуваль­на норма: в разі поповнення в наступних здавальних періодах недопоставленого обсягу продукції (за умови повного вико­нання зобов'язань з поставок у цьому періоді) розмір неус­тойки за недопоставку або прострочення поставки зменшує­ться на 50 відсотків (п. 57 Положення про поставки продукції;

п. 49 Положення про поставки товарів).

За ст. 756 проекту ЦК України, встановлена законом, іншими правовими актами або договором неустойка за недо­поставку або прострочення поставки товарів стягується з постачальника до фактичного виконання зобов'язання у межах строку дії договору, якщо інший порядок стягнення не­устойки не встановлено законом або договором.

Серйозним порушенням договірної дисципліни при постав­ках є *відхилення виготовлювача від вимог щодо якості про-*

***344 Глава 11***

*дукції.* Недодержання умов щодо якості продукції тягне за собою різні правові наслідки залежно від характеру правопо­рушення. Так, дуже часто у продукції виявляються дефекти, які можна й економічно доцільно усунути в місці її одержання. На вимогу покупця їх усувають працівники виготовлювача (у тому числі шляхом заміни окремих частин або виробу в цілому) протягом 20 днів, якщо інший строк не передбачений нормативною документацією або договором. У разі усунення дефектів силами і засобами покупця виготовлювач відшко­довує йому заподіяні витрати. Якщо виготовлювач усунув де­фекти в обумовлений строк, а також якщо покупець не вима­гав їх усунення, майнової відповідальності у вигляді штрафів постачальник не несе.

Якщо якість продукції не відповідає стандарту, технічним умовам, іншим нормативним документам, зразкам або умо­вам договору, покупець має право відмовитись від прийняття та оплати продукції, а якщо вона вже оплачена, вимагати у встановленому порядку повернення сплачених сум і заміни продукції на доброякісну. За це порушення договору виготов­лювач сплачує покупцеві штраф у розмірі 20 відсотків вар­тості продукції неналежної якості. Разом з тим покупець має право прийняти зазначену продукцію за договірною ціною або для реалізації на комісійних засадах. Передача на розсуд покупця питання про те, прийняти недоброякісну продукцію чи відмовитись від неї, у кожному конкретному випадку може запобігти зайвим витратам виготовлювача, пов'язаним з поверненням, ремонтом виробів тощо.

У разі поставки продукції, яка відповідає нормативній до­кументації, але виявиться нижчого сорту, ніж зазначено в до­кументі, що посвідчує якість, покупець має право або при­йняти її за ціною, передбаченою для продукції відповідного сорту (якості), або відмовитися від неї. Одержавши від покуп­ця повідомлення про відмову від продукції недоброякісної або нижчого сорту, виготовлювач повинен протягом 10 днів, а щодо продукції, яка швидко псується, протягом 24 годин роз­порядитися нею. Якщо виготовлювач у зазначені строки не розпорядився продукцією, покупець може реалізувати її на місці або повернути виготовлювачеві. Продукція, яка швидко псується, в усіх випадках підлягає реалізації на місці. У разі відмови покупця від недоброякісної продукції або викорис-

**Договори *поставки 345***

тання її не за цільовим призначенням вона не зараховується у виконання зобов'язань за договором поставки (пункти 41 і 59 Положення про поставки продукції; пункти 34 і 52 Поло­ження про поставки товарів).

Серйозним правопорушенням є *поставка некомплектної продукції.* В цьому разі на вимогу покупця виготовлювач повинен доукомплектувати продукцію або замінити її комп­лектною у 20-денний строк після одержання такої вимоги, якщо інший строк не передбачено угодою сторін. До виконан­ня цієї вимоги покупець може не оплачувати некомплектну продукцію, а якщо вона вже оплачена, вимагати повернення сплачених сум. Коли виготовлювач в обумовлений строк не укомплектує продукцію або не замінить її на комплектну, покупець може відмовитися від продукції і стягнути з виготов­лювача штраф у розмірі 20 відсотків її вартості, включаючи і вартість частин, яких не вистачає (пункти 42 і 59 Положення про поставки продукції; пункти 35 і 52 Положеня про поставки товарів).

Положення про поставки передбачають майнові санкції також за порушення постачальником інших умов договору: за неналежне маркування й упаковку, за поставку продукції без застосування засобів пакетування або тари-обладнання тощо.

За договором поставки певні права та обов'язки має й покупець. Він, зокрема, повинен прийняти продукцію та оплатити її за встановленими цінами. Якщо без згоди покупця поставлено продукцію, не передбачену договором, або з порушенням умов договору, або за відсутності договору, він має право відмовитися від прийняття її для використання і від оплати. У цьому разі продукція приймається на відповідальне зберігання покупця, а у випадках, визначених транспортним законодавством, покупець може відмовитися прийняти про­дукцію від органів транспорту.

Договором може бути передбачено відвантаження про­дукції не покупцеві, а одержувачеві, який не перебуває у договірних відносинах з постачальником. У цьому разі поку­пець надсилає постачальникові вивантажувальні розна­рядки, копії яких направляються одержувачеві. При непо­данні покупцем відвантажувальної рознарядки в обумовле­ний договором строк або поданні її з порушенням інших умов

**346**

Глава II

постачальник не може належно виконати свої обов'язки, зокрема реалізувати виготовлену продукцію. Тому Положен­ням про поставки товарів (п. 24) передбачено, що у зазна­чених випадках виготовлювач має право зажадати від покуп­ця оплати підготовленої до відправки продукції, давши гарантії наявності її в натурі, або перенести поставку на наступний період, повідомивши про це покупця.

Якщо договором передбачено вибірку продукції покупцем зі складу постачальника, ініціативу в одержанні її повинен виявити покупець. У договорі слід чітко визначити порядок вибірки та санкції за порушення покупцем свого обов'язку. оскільки Положеннями про поставки вони не передбачені. У всякому разі постачальник може вимагати від покупця відшкодування збитків, заподіяних невибіркою продукції.

Важливим обов'язком покупця є своєчасна і повна оплата замовленої продукції. Розрахунки між суб'єктами господар­ської діяльності за поставки продукції, в тому числі продо­вольства і сільськогосподарської продукції, здійснюються переважно шляхом попередньої оплати, якщо інша форма розрахунків не обумовлена угодою сторін.

Відповідно до статей 1 і 3 Закону України "Про відповідаль­ність за несвоєчасне виконання грошових зобов'язань" від 22 листопада 1996 р. платники грошових коштів стягують на користь одержувачів цих коштів за прострочення платежу пеню у розмірі, що встановлюється за згодою сторін. Розмір пені обчислюється від суми простроченого платежу, вона не може перевищувати подвійної облікової ставки Національно­го банку України, що діяла у період, за який стягується пеня.

Сплачена при цьому пеня відноситься на результати фінансової діяльності підприємства-боржника. Покупець від­повідає також за .прострочення повернення тари, засобів пакетування та деякі інші порушення договору.

За Положенням про поставки продукції (п. 74) та Положен­ням про поставки товарів (п. 65) сторонам надається мож­ливість передбачити у договорі відшкодування збитків у твер­дій сумі, яка підлягає стягненню в разі неналежного виконан­ня контрагентом зобов'язання. Тоді позивачеві не треба доводити фактичний розмір заподіяних збитків.

***347***

Договори поставки

**§ 6. Договори про постачання енергетичних та інших ресурсів через приєднану мережу**

Нормальна робота виробничих підпри­ємств значною мірою залежить від безперервного постачан­ня їм електричної чи теплової енергії або газу. Електроенер­гія використовується також для освітлення приміщень дер­жавних і громадських організацій, вулиць і жилих будинків, а теплова енергія та газ — для задоволення побутових потреб

громадян.

Законом України "Про енергозбереження" від 1 липня 1994 р. передбачено правові, економічні, соціальні, екологіч­ні основи енергозбереження та економії паливно-енергетич­них ресурсів.

У справі забезпечення раціонального використання цих видів ресурсів і додержання правил користування ними важ­ливу роль відведено договорам на постачання енергії та газу.

У Законі Україні "Про електроенергетику" вщ 16 жовтня 1997 р. відзначається, що регулювання відносин в електро­енергетиці має певні особливості, спричинені об'єктивними умовами функціонування цієї галузі: а) постійним і безпе­рервним збалансуванням виробництва і споживання електричної енергії, для забезпечення якого встановлюється єдине диспетчерське (оперативно-технологічне) управління об'єднаною енергетичною системою України; б) централізо­ваним теплопостачанням споживачів через теплоелектро­централі і котельні, які входять до об'єднаної енергетичної системи України. Купівля і продаж електричної енергії здій­снюються на оптовому ринку електроенергії України, учасни­ками якого є суб'єкти підприємницької діяльності, що прода­ють і купують електричну енергію на підставі договорів.

Користування електричною і тепловою енергією допус­кається лише на основі договору, що укладається між енер-гопостачальною організацією та споживачем. Подача газу також здійснюється на основі договорів. Незважаючи на певні технічні та правові відмінності у постачанні електричної і теплової енергії, з одного боку, енергії і газу, — з другого, названі договори мають багато спільних рис, які об'єднують

**348**

Глава 11

їх в одному структурному типі договору і дають змогу відрізнити його від інших договорів, зокрема від договору пос­тавки. Предметом цього договору може бути лише електрична енергія у вигляді електричного струму і теплова енергія у вигляді пари або гарячої води. За договором на пос­тачання газу споживачам подається природний або штучний горючий газ. На відміну від договору поставки, енергія і газ передаються споживачеві через приєднану до постачальної організації мережу, внаслідок чого забезпечується можли­вість безперебійного постачання ними споживачів.

Договір про постачання енергії або газу є консенсуальним, двостороннім та сплатним.

За договором про постачання енергії та газу постачальна організація бере на себе обов'язок безперервно подавати споживачеві через приєднану мережу електричну чи теплову енергію або газ в обумовленій кількості та якості, а споживач зобов'язується оплачувати одержану енергію чи газ за обу­мовленими цінами (тарифами), а також підтримувати в на­лежному стані свою енергетичну чи газову мережу.

Договори про відпускання електричної і теплової енергії укладаються між енергопостачальною організацією і спожи­вачем (абонентом), установки якого безпосередньо приєдна­ні до мережі енергопостачальної організації.

У деяких випадках такий споживач укладає договори про постачання енергії з іншими споживачами (субспоживача-ми), якщо вони одержують енергію від мережі основного споживача. При цьому в додатку до договору між основним споживачем та енергопостачальною організацією зазначаю­ться дані про всіх приєднаних до цього споживача суб-абонентів.

Електропостачальною організацією є суб'єкт підприєм­ницької діяльності, який отримав ліцензію Національної комі­сії з питань регулювання електроенергетики України на здій­снення діяльності з постачання електричної енергії за регу­льованим або нерегульованим тарифом. У системі електро­постачання беруть участь і електропередавальні організації, тобто суб'єкти підприємницької діяльності, які отримали ліцензію Національної комісії з питань регулювання електро­енергетики України на право здійснення підприємницької діяльності з передачі електричної енергії місцевими (локаль-

***349***

**Договори *поставки***

ними) мережами, що перебувають у їх власності або повному господарському віданні.

Споживачі, які передають електроенергію субспоживачам або відпускають її від своїх електростанцій (блок-станцій), укладають з електропостачальною організацією договір на загальну (сумарну) кількість електроенергії, що передається, з урахуванням споживання енергії населенням. Відносини споживачів, які передають електроенергію субспоживачам, у тому числі їх ваємна відповідальність, регулюються догово­рами на користування електроенергією, що укладаються між ними. Якщо основний споживач отримав ліцензію на право здійснення підприємницької діяльності з передачі електричної енергії, то відносини споживача і співспоживачів регулюють­ся умовами та правилами цієї ліцензії, договорами на пере­дачу електричної енергії та договором між субспоживачами і споживачем на постачання електроенергії.

Енергопостачальними організаціями в договорах про по­стачання теплової енергії виступають теплоелектроцентралі, котельні тощо.

Найголовніші права та обов'язки сторін при постачанні енергії визначаються у договорах, що укладаються згідно із зразковими (взірцевими) договорами. Головним обов'язком енергопостачальної організації є безперервне або за пого­дженим графіком постачання споживача електричною або тепловою енергією. У договорах на відпуск теплової енергії у вигляді пари або гарячої води окремо зазначається кількість енергії, що йде на опалення, вентиляцію, гаряче водопоста­чання і технологічні потреби.

Електричну енергію споживачам відпускають електропос-тачальні організації відповідно до укладених з ними договорів. У разі потреби змінити договірну величину споживання елек­троенергії споживач може звернутися до електропостачальної організації не пізніше 20 числа поточного розрахункового місяця із заявою про відповідне коригування договірної вели­чини відпуску електроенергії. Електропостачальна організа­ція повинна у першу чергу задовольняти потреби тих спожи­вачів, які систематично і в строк оплачують спожиту енергію. Електропостачальна організація, що працює за регульованим тарифом, погоджує зі споживачами договірні величини спо­живання електричної потужності в години максимуму наван­таження. Ці величини встановлюються виходячи з режиму

**350**

Глава 1-І

роботи енергосистеми України і доводять до споживача окремими письмовими повідомленнями не пізніше ніж за 15 днів до наступного кварталу (місяця); вони є невід'ємною час­тиною договору.

Енергія та газ, які подаються споживачам через приєднану мережу, мають за якістю відповідати певним вимогам. Якість електроенергії визначається напругою (у вольтах) і частотою (у періодах за секунду), які підтримуються на межі електро­мереж електропостачальної організації та споживача. Тепло­ва енергія характеризується тиском і температурою пари або води. Якість газу, що подається у магістральні газопроводи, має відповідати вимогам стандарту. Газ подається очищеним від газового бензину, нафти і механічних домішок. Хімічне очищення та осушення природного газу здійснює виробник або газопостачальна організація.

Енерго- та газопостачальні організації повинні стежити за технічним станом і правильно експлуатувати свої мережі, за­безпечувати техніку безпеки та можливість нормального використання енергії та газу споживачами.

З метою забезпечення надійного й економічного викорис­тання енергії та газу на споживача також покладається ряд обов'язків щодо нормальної експлуатації енерго- чи газоме-режі. Зокрема, він здійснює перевірку стану, профілактичні випробування та ремонт належних йому енергоустановок і захисних засобів; забезпечує необхідний облік використаної енергії; додержується встановлених лімітів і режимів енерго­споживання; щороку складає плани організаційно-технічних заходів щодо раціонального витрачання енергії; забезпечує обслуговування енергоустановок персоналом потрібної кваліфікації тощо. Споживач повинен безперешкодно допус­кати персонал постачальних організацій та представників органів енергетичне нагляду для контролю за режимом споживання енергії та технічним станом енергомережі. Він зобов'язаний негайно повідомляти енергопостачальну орга­нізацію про всі несправності в роботі приладів обліку енергії, про аварії, ураження електричним струмом людей і тварин.

Порушення постачальною організацією або споживачем їхніх обов'язків за договором призводить до невигідних май­нових наслідків. Особливо дорого споживачам і всьому народному господарству коштують перерви в енергопоста

***351***

Договори поставки

чанні та подачі газу, пов'язані з недовипуском енергії чи газу споживачам.

У разі переривання електропостачання з вини електропо­стачальної організації вона сплачує споживачеві штраф, до­даткові виплати або нарахування згідно з чинним законодав­ством.

Відповідно до ч. 6 ст. 24 Закону України "Про електроенер­гетику" енергопостачальники несуть відповідальність перед споживачами електричної енергії у розмірі п'ятикратної вар­тості недовідпущеної енергії у разі переривання електропо­стачання з вини енергопостачальника (згідно з умовами до­говору на користування електроенергією). Час перерви визначається спільно за документацією споживача, електро­постачальної та електропередавальної організації з моменту припинення або обмеження подачі електроенергії до вста­новлення необхідного рівня напруги і частоти. Електропоста-чальна організація за узгодженням із споживачем може відшкодувати (поповнити) недовідпущену йому кількість енергії у дні, що залишилися у поточному або наступному роз­рахункових періодах, без сплати штрафних санкцій.

Постачальна організація не несе матеріальної відповідаль­ності перед споживачем за недопостачання електричної енергії, яке зумовлене: а) форс-мажорними обставинами;

б) неправильними діями персоналу споживача; в) умовами, за яких допускається обмеження або припинення подачі енергії споживачам; г) пошкодженням устаткування спожи­вача, що спричинило автоматичне відключення лінії живлен­ня. В разі відпуску споживачеві електроенергії, параметри якості якої знаходяться поза межами граничних величин, що зазначені у договорі, електропостачальна організація спла­чує споживачеві штраф у розмірі 25 відсотків вартості такої електроенергії (ч. 7 ст. 24 Закону України "Про електроенер-

гетику").-

Постачальна організація не несе відповідальності перед споживачем за відпуск енергії низької якості за ту кількість діб, протягом яких споживач не додержувався встановленого режиму електропостачання і допускав перевищення встанов­леної договірної потужності.

За законодавством, яке діяло до прийняття Закону України "Про електроенергетику" від 16 жовтня 1997 р., штрафи за порушення умов договору щодо кількості та якості енергії були

352 Глава 11

виключною неустойкою, бо збитки при цьому не відшкодову­вались. Відповідно до ч. 1 ст. 25 цього закону споживачі електричної енергії мають право на відшкодування збитків, заподіяних внаслідок порушення їх прав, згідно із законодав­ством. За ст. 762 проекту ЦК України у разі невиконання або неналежного виконання зобов'язань за договором постачан­ня енергетичних або інших ресурсів через приєднану мережу сторона, що постачає ресурси, і абонент повинні відшкодува­ти завдану цим порушенням реальну шкоду.

Споживач енергії несе відповідальність за порушення умов договору з енергопостачальником та правил користування електричною і тепловою енергією і виконання приписів дер­жавних інспекцій з енергетичного нагляду за режимами споживання електричної та теплової енергії згідно із законо­давством України. Зокрема, у випадку споживання електрич­ної енергії понад договірну величину за розрахунковий період споживачі (крім населення) сплачують енергопостачальникам п'ятикратну вартість різниці між фактично спожитою і договірною величиною. У разі перевищення договірної вели­чини потужності споживач сплачує енергопостачальникові п'ятикратну вартість різниці між найбільшою величиною потужності, що зафіксована протягом розрахункового періоду, та договірною величиною потужності (ст. 26 Закону України "Про електроенергетику").

Обов'язком споживача є своєчасна і повна оплата одер­жаних енергоресурсів за цінами (тарифами), встановленими договором. Зокрема, розрахунки із споживачами за користу­вання електроенергією, яку відпускають елекгропостачальні організації та електростанції споживачів (блок-станції), здій­снюються відповідно до діючих тарифів згідно з договором на користування електроенергією. Споживачі оплачують вико­ристану ними електроенергію за роздрібними тарифами, за­твердженими Національною комісією з питань регулювання електроенергетики, на користь електропостачальних орга­нізацій, які працюють за регульованими тарифами, і за дого­вірною ціною — на користь тих організацій, які працюють за нерегульованим тарифом.

Споживач несе відповідальність за несвоєчасну сплату рахунків за використану енергію у форму пені. Незалежно від стягнення пені енергопостачальна організація може припи­нити відпуск енергії споживачеві до погашення ним заборго-

**Договори *поставки 353***

ваності. Так, за відсутності оплати за електричну енергію, що спожита за розрахунковий період, через 5 днів після дати роз­рахунку електропостачальна організація письмово або теле­фонограмою повідомляє споживача про дату і час відключен­ня або обмеження споживання електроенергії. Термін, з якого запроваджується обмеження відпуску електричної енергії, визначається постачальною організацією залежно від категорії споживача. При цьому має враховуватися можливість завершення технологічного циклу виробництва, який споживач почав до дати одержання повідомлення про обмеження.

Крім того, повне або часткове припинення подачі спожива­чеві електроенергії після попередження його не пізніше ніж за 2 доби допускається у випадках: а) споживання електрое­нергії без укладення договору або після закінчення строку його дії; б) самовільного приєднання струмоприймачів до ме­режі електропередавальної організації або збільшення потужності понад договірні величини, обумовлені догово-роми; в) відсутності персоналу для обслуговування електро­установок; г) недопущення посадових осіб державних органів, на які покладено відповідні обов'язки згідно з чинним законо­давством, до електроустановок споживача або приладів облі­ку електроенергії та у деяких інших випадках (п. 93 Правил користування електричною енергією). Одностороннє припи­нення подачі енергії можна розглядати як застосування пос­тачальною організацією до споживача санкцій оперативного характеру.

Глава 12. Договори про реалізацію сільськогосподарської\* продукції

§ 1. Поняття договору про закупівлю сільськогосподарської продукції

Формування державних ресурсів сільсько­господарської продукції, забезпечення населення продо­вольством, а переробних підприємств— необхідною сирови­ною значною мірою залежить від чітко налагодженої системи договірних відносин із закупівель цієї продукції у її виробни­ків. Забезпечення потреб у продукції сільського господарства для бюджетної сфери, формування державного резервного та елітного насіннєвих фондів і генетичного фонду у тварин­ництві здійснюється через державний контракт. Виробники сільгосппродукції самостійно розпоряджаються своєю про­дукцією, реалізуючи її за державними контрактами та іншими договорами через біржі, торгові та контрактові будинки, заготівельні та посередницькі організації.

Формування нових методів управління та вдосконалення технології АПК неможливе без моніторингу реального еконо­мічного обігу, стабільності цін, оптимізації системи розра­хунків, створення товарно-кредитної системи. Ці та інші за­вдання є прерогативою біржового сільськогосподарського ринку, від стану якого залежить і рівень активності товаро­

Договори не реалізацію сільськогосподарської продукції 355

виробника, і напруженість торгових відносин, і перспективи ситуації на ринку загалом1.

В міру налагодження діяльності спеціалізованих аграрних бірж закупівлі частини сільгосппродукцї здійснюються шля­хом торгів ф'ючерсними і форвардними контрактами на цих біржах. Оскільки біржова торгівля сільгосппродукцією» ще не досягла належного рівня, заготівельні та інші організації за­куповують цю продукцію безпосередньо у її виробників пере­важно за договорами контрактації.

За договором контрактації виробник сільгосппродукції зобов'язується виробити і передати заготівельникові такої продукції (контрактантові) у власність, повне господарське відання або оперативне управління вироблену ним продукцію в обумовлені договором строки у кількості та асортименті, передбачених цим договором, а контрактант зобов'язується сприяти виробникові у виробництві ним сільгосппродукції, прийняти та оплатити її за обумовленими цінами.

Сторонами у договорі контрактації є, з одного боку, під­приємства, організації, на які у встановленому порядку по­кладено функції державної закупівлі сільгосппродукції (заго­тівельні, переробні, торговельні тощо). Зокрема, замовника­ми сільгосппродукції, що реалізується за державним контрак­том, виступають міністерства, відомства, установи та орга­нізації, яким виділено з цією метою кошти з державного бюд­жету. Замовниками продукції за регіональними державними контрактами можуть бути організації, яким виділено кошти з місцевого бюджету.

Друга сторона в договорах контрактації — це підприємства та організації будь-яких форм власності, що виробляють сільгосппродукцію. До них належать колективні сільськогоспо­дарські підприємства, селянські (фермерські) та інші госпо­дарства, підсобні господарства об'єднань у промисловості, дослідно-виробничі господарства сільськогосподарських на­вчальних закладів 1 науково-дослідних інститутів, селекційні та дослідні станції тощо. Отже, коротко — сторони в договорі можна назвати так: заготівельник і господарство, іноді заго­тівельник видає господарству так звану вивантажувальну

1 Див.: Кострова Г. Агробіржа: рецепти успіху // Урядовий кур'єр. — 1997. — Є вересня.

12\*

**356**

Глава 72

*рознарядку* про відправку продукції не за своєю адресою, а за адресою іншої організації-одержувача, з якою він перебу­ває в договірних відносинах з поставки. Тоді просування сільгосппродукції від господарства до споживача (промисло­вого чи торговельного підприємства) оформляється двома договорами — договором контрактації і договором поставки. Договір поставки зв'язує заготівельника та одержувача продукції.

*Предметом* договору контрактації є сільгосппродукція у сирому вигляді або така, що пройшла первинну обробку. Проте при укладенні договору сторони можуть передбачити, що в рахунок виконання зобов'язань щодо здачі продукції у свіжому (натуральному) вигляді господарство частину про­дукції продає у переробленому вигляді. За предметом і зміс­том договір контрактації близький до договорів купівлі-прода­жу і поставки.

Сільгосппродукція у сирому вигляді є предметом договору поставки, якщо він укладений між заготівельною організацією і промисловим підприємством. За загальним правилом, на реалізацію переробленої продукції укладається договір по­ставки. Проте, щоб уникнути укладення двох договорів з одним господарством — на реалізацію сільгосппродукції у сирому вигляді і окремо у переробленому вигляді, укладають тільки договір контрактації. Сторонам надається можливість вибору правової форми реалізації сільгосппродукції (купівля-продаж, контрактація, поставка, комісія тощо). Якщо одна із сторін заперечує проти укладення договору поставки на реалізацію сільгосппродукції у сирому вигляді чи після первинної обробки, то арбітражний суд при вирішенні спору виносить рішення про укладення договору контрактації неза­лежно від того, що сторони раніше укладали договори постав­ки. У цьому найбільше зацікавлено господарство, оскільки за договором контрактації на заготівельника можуть поклада­тися зобов'язання, зокрема щодо сприяння в організації виробництва сільгосппродукції, забезпечення господарства тарою і пакувальними матеріалами, відпуску промислових чи продовольчих товарів або комбікормів у порядку зустрічного продажу, що не передбачено законодавством про поставки.

Договори на реалізацію сільськогосподарської продукції 357

Укладення договорів на реалізацію сільгосппродукції на спеціалізованих аграрних біржах визначається правилами організації та проведення торгів ф'ючерсними та форвард­ними контрактами під закупівлю сільгосппродукції та продук­тів її переробки. Порядок укладення, зміни і розірвання договорів поза біржею, як і інших господарських договорів, визначено статтями 10 і 11 Арбітражного процесуального ко­дексу України. Договірні відносини з контрактації регулюють­ся типовими договорами контрактації та іншими нор­мативними актами.

**§ 2. Зміст та виконання договору контрактації**

За договором контрактації господарство І заготівельник пов'язані взаємними правами та обов'язками. У ньому мають бути зазначені назва, кількість (за видами продукції), якість, ціна, строки, загальна сума договору та умови доставки, місця здачі-приймання, вимоги до тари й упаковки, порядок розрахунків, обов'язки заготівельника щодо надання господарству допомоги в організації виробниц­тва сільгосппродукції та її транспортування на приймальний пункт заготівельника, взаємна майнова відповідальність сто­рін за порушення договору та інші умови, які сторони визна­ють за необхідне передбачити у договорі (ст. 255 ЦК).

*Кількість* та *асортимент сільгосппродукції,* належної до закупівлі, визначаються у договорах відповідно до державно­го контракту, а в разі його відсутності — на розсуд сторін. У договорі окремо зазначається кількість продукції, яку буде продано у сирому і переробленому вигляді.

За *якістю* продукція, яка продається господарством, по­винна відповідати стандартам, технічним умовам, правилам ветеринарного і санітарного нагляду. Отже, заготівельник має право або повністю відмовитися від недоброякісної про­дукції, або прийняти її за ціною, яка відповідає дійсній якості продукції.

358 Глава12

Важливою умовою в договорі контрактації є строки здачі продукція заготівельникові. Їх зазначають у договорах з ура­хуванням пори дозрівання культур, умов виробництва, пере­робки та зберігання. За погодженням із заготівельником гос­подарство може достроково здати продукції у рахунок на­ступних здавальних періодів. Невід'ємною частиною договору є погоджені між сторонами графіки доставки, які конкрети­зують строки здачі продукції. Господарство телеграфом пові­домляє заготівельника про час відвантаження продукті. Днем виконання господарством зобов'язань за договором вважається дата складання приймально-здавального доку­мента під час здачі продукції у господарстві або на приймаль­но-здавальному пункті заготівельника, а в разі відван­таження її одержувачеві — день здачі продукції транспортній організації.

У договорі зазначають пункти здачі-приймання сільгосп­продукції. Доки незавершене повний перехід до приймання продукції заготівельником безпосередньо у господарствах, у договорах контрактації зазначають окремо обсяги продукції, яку: а) доставляє господарство безпосередньо роздрібним торговельним підприємствам; б) приймає заготівельник без­посередньо в господарстві; в) приймає заготівельник на своїх приймальних пунктах. Вивезення, експедирування та роз­вантаження законтрактованої продукції проводяться за раху­нок заготівельних організацій.

Заготівельник зобов'язаний прийняти доставлену на при­ймальний пункт продукцію, не допускаючи простою транс­портних засобів понад встановлені строки. В товарно-транс­портних накладних зазначається час прибуття транспорту і час закінчення навантаження або вивантаження продукції. Якщо продукцію приймають не безпосередньо в господарстві, то пред'явленою до здачі вважається продукція, доставлена господарством на приймальний пункт (підприємство) відпо­відно до договору чи погодженого графіка.

Приймання сільгосппродукції за кількістю та якістю здій­снюється в порядку і строки, встановлені стандартами, типо­вими договорами контрактації, відповідними інструкціями. Якщо в нормативних актах таких умов не передбачено, сто­рони можуть визначити їх у договорі.

359

Договори на реалізацію сільськогосподарської продукції

У разі відмови від приймання продукції заготівельник пови­нен заявити господарству про факт відмови у письмовій фор­мі (позначення на товарно-транспортній накладній), телегра­фом тощо. Якщо заготівельник ухиляється від письмової заяви про відмову від приймання продукції, господарство складає про це акт з участю державного інспектора по заго­тівлях і якості продукції або іншого представника управління сільського господарства і продовольства, або представника іншої незаінтересованої організації. В разі відмови заготі­вельника прийняти продукцію, що швидко псується, пред’явлену відповідно до умов договору і погодженого графіка, гос­подарство може реалізувати цю продукцію державним, коо­перативним організаціям і на колгоспному ринку за договір­ними цінами з включенням зазначеної продукції у виконання зобов'язань по контрактації. При цьому заготівельні органі­зації не звільняються від відповідальності за необгрунтовану відмову прийняти продукцію.

Заготівельник повинен своєчасно і повністю розрахувати­ся за одержану продукцію. При укладенні сільськогосподар­ськими товаровиробниками договору контрактації із заготі­вельними підприємствами використовуються орієнтовні стартові закупівельні ціни. Ці ціни індексуються у зв'язку з інфляційними процесами відповідно до встановленого порядку, що обов'язково обумовлюється договорами кон­трактації.

Відповідно до ст. 1 Закону України "Про зупинення спаду сільськогосподарського виробництва та продовольче забез­печення країни у 1997—199В роках" вщ 23 травня 1997 р.1 сільськогосподарські товаровиробники та переробні підпри­ємства списують з одержувачів сільськогосподарської про­дукції її вартість у безакцентному порядку після закінчення терміну, визначеного договором (контрактом), у порядку, встановленому Національним банком України. У разі несвоє­часного проведення розрахунків за закуплену сільгосппро­дукцію згідно з контрактами та за компенсацію витрат на соціально-культурні потреби відповідно до Закону України Про пріоритетність соціального розвитку села та агропро­мислового комплексу в народному господарстві" сільськогос-

1 Урядовий кур'єр. — 1997. — 27 листопада.

300 Глава 12

ледарський товаровиробник не сплачує податків і не прово­дить відрахувань до цільових фондів на суму заборгованості держави перед ним.

У рахунок оплати державного контракту на сільгосппро­дукцію виконавцям державного контракту (за їхньою згодою) можуть поставлятися матеріально-технічні ресурси через постачально-збутові та заготівельні організації. Виконавці державного контракту розраховуються за одержані в рахунок попередньої оплати засоби (матеріально-технічні ресурси) законтрактованою продукцією за цінами, що склалися на мо­мент надходження цих засобів (ресурсів).

**§ 3. Відповідальність сторін за порушення договору контрактації**

За невиконання або неналежне виконання сторонами своїх обов'язків за договором контрактації перед­бачено майнову відповідальність у формі *неустойки* відшко*дування збитків.* Зокрема, у разі невиконання договору за кількістю, асортиментом і строками здачі сільгосппродукції господарства сплачують заготівельним організаціям і пере­робним підприємствам неустойку, розмір якої встановлює­ться у договорі у відсотковому відношенні до вартості недопоставленої продукції за цінами, обумовленими в договорі, з урахуванням їх індексації у зв'язку з інфляційними процесами, крім випадків недобору продукції внаслідок стихійного лиха.

У сфері контрактації діє вимога реального виконання зобо­в'язань: кількість продукції, не зданої господарством у вста­новлені договором періоди (строки), підлягає здачі в інші строки, погоджені сторонами, і зарахуванню в період її фактичної здачі, за винятком тих видів продукції, вироб­ництво яких має сезонний характер і поповнити нездану кількість їх неможливо. Штраф за нездачу господарством продукції обчислюється, виходячи лише з вартості продукції, не зданої у попередньому періоді. Господарство відповідає також за неповернення тари, наданої йому заготівельником, відшкодовує заготівельникові збитки, яких він зазнав у

Договори на реалізацію сільськогосподарської продукції 361

зв'язку з тим, що господарство не підготувало продукцію до здачі на місці і не попередило про це заготівельника, тощо.

З господарства, яке уклало договір контрактації, не може бути стягнуто штраф за неналежну якість продукції, якщо інше не передбачено інструкціями, правилами про порядок прове­дення закупівель або в договорі за згодою обох сторін вста­новлено санкції за таке порушення. Заготівельникові не на­дано право стягувати з господарства вартість недоброякісної продукції у безспірному порядку. Як сторона у договорі по­ставки заготівельник відповідає за неналежну якість продук­ції перед споживачем (одержувачем). Проте він не має права перекласти на господарство під виглядом збитків суми штра­фів, сплачених одержувачам за поставку сільгосппродукції неналежної якості, крім випадків, коли господарство, не пред'явивши продукцію заготівельникові для приймання, відвантажило її одержувачеві.

За невиконання договірних зобов'язань з приймання про­дукції заготівельник сплачує товаровиробникові неустойку, як правило, у такому самому розмірі, в якому товарови­робник відповідає перед контрактантом за несвоєчасну здачу продукції. Контрактант, крім того, відшкодовує виробникові продукції фактичні витрати, пов'язані з доставкою її в обидва кінці (якщо ця продукція завозилася до місця приймання транспортними засобами господарства). У договорі може бути передбачено відповідальність контрактанта за невико­нання в обумовлені строки договірних зобов'язань із зустріч­ного продажу цукру, олії, меляси тощо.

Відповідальність сторін за порушення договору контракта­ції будується на принципі вини (умислу або необережності), яка презюмується (ст. 209 ЦК). Господарство звільняється від відповідальності за невиконання зобов'язань за договором, якщо їх не виконано внаслідок стихійних лих чи інших несприятливих умов або з вини заготівельника. Питання про те, чи є певна обставина стихійним лихом, вирішується згідно з правилами, що їх застосовують при страхуванні майна кол­госпів, держгоспів та інших господарств. До інших несприят­ливих умов відносять природні та інші об'єктивні фактори, які свідчать про відсутність вини господарства (наприклад, забо­рона здавати худобу у зв'язку з її масовим захворюванням). Доказами на підтвердження цих обставин можуть бути

362 Глава 12

висновки державної інспекції по заготівлях та якості про­дукції, довідки ветеринарного нагляду, довідки метеослужби, акти, складені за участю представника страхової організації, тощо. Вина заготівельника полягає у ненаданні допомоги в організації виробництва і транспортуванні продукції на при­ймальний пункт, непогодженні графіка здачі, незабезпеченні тарою і пакувальними матеріалами тощо. Арбітражні суди оцінюють подані господарством документи, з'ясовують, на яких площах загинули посіви, чи була можливість здати хоч би частину продукції за рахунок знятого врожаю з інших площ, чи вживало господарство заходів, щоб запобігти негативним наслідкам стихійного лиха або іншим несприятливим умовам. З урахуванням усіх цих обставин 1 вирішується питання про звільнення господарства від відповідальності за невиконання зобов'язання за договором контрактації.

§ 4. Інші договірні форми реалізації сільськогосподарської продукції

Крім договорів контрактації, виробники сільськогосппродукції реалізують її на основі інших договорів. Зокрема, заготівельні та переробні підприємства на договір­них засадах можуть приймати від виробників сільськогоспо­дарську сировину на зберігання і переробку незалежно від напрямків подальшого її використання. Розрахунки за збері­гання та переробку сировини і готової продукції за угодою сторін можуть здійснюватися у грошовій формі з використан­ням частини готової продукції або у змішаній формі.

Виробники сільгосппродукції мають право проводити това­рообмінні операції з власною продукцією та продуктами її переробки на основі бартерних договорів, що укладаються як на внутрішньому ринку, так і в порядку здійснення зовнішньо­економічної діяльності. За такими договорами вони одержу­ють необхідні матеріально-технічні ресурси (обладнання, нафтопродукти, засоби захисту рослин і тварин тощо) або товари широкого вжитку.

Договори не реалізацію сільськогосподарської продукції 303

Сільськогосподарські підприємства укладають з колгосп­никами, робітниками держгоспів, пенсіонерами та іншими громадянами на добровільній основі договори на вирощуван­ня худоби і птиці та на закупівлю лишків молока. Закуплену у громадян за цими договорами продукцію господарство про­дає державі і зараховує собі у виконання зобов'язань з контрактації. Крім того, худобу, птицю, кроликів, вирощених у підсобних господарствах громадян, можуть закуповувати заготівельні організації споживчої кооперації, організації громадського харчування та інші організації за договірними цінами.

Господарства можуть реалізовувати сільгосппродукцію на комісійних засадах, укладаючи договори комісії з торго­вельними організаціями. Сільськогосподарські підприємства, орендарі, селянські господарства, громадяни, які ведуть підсобне господарство, мають право вільно продавати вирощену продукцію як заготівельним та іншим організаціям, так і на ринках.

Глава 13. Договір дарування

**§ 1. Поняття та ознаки договору дарування**

За договором дарування, одна сторона (дарувальник) передає безоплатно другій стороні (обдарова­ному) майно у власність (ст. 243 ЦК). Отже, договір даруван­ня, як і договори міни та купівлі-продажу, направлений на безповоротне припинення права власності у дарувальника і виникнення права власності (права повного господарського відання чи права оперативного управління) у обдарованої особи. Як і продавець, дарувальник повинен бути власником відчужуваного в такий спосіб майна. Проте, на відміну від за­значених договорів, договір дарування є завжди *безоплат­ним,* тому дарувальник не має права вимагати від обдарова­ної особи зустрічних дій майнового характеру.

Оскільки відповідно до ч. 2 ст. 243 ЦК України договір да­рування вважається укладеним з моменту передачі майна обдарованому, то він належить до категорії *реальних* угод. Подарувати майно іншим особам є виключним правом влас­ника. Здійснення безоплатного відчуження майна, як прави­ло, зумовлюється особистими інтересами дарувальника у визначенні цілей використання його, відносинами сімейних зв'язків чи дружби, значними заслугами чи вчинками обда­рованої особи тощо. Тому визнання договору дарування кон-сенсуальним могло б призводити до ситуацій, за яких особа мала б право вимагати у примусовому порядку дару, що неприпустимо з точки зору моральності.

Договір дарування 365

Водночас з правила про реальність договору дарування можливі й винятки. Так, ще в юридичній літературі радян­ського періоду допускалася можливість визнання консенсуальним договору дарування жилих будинків. Така думка грунтувалася на тому, що за чинним у той період Цивільним кодексом РРФСР договори відчуження жилих будинків, у тому числі і дарування, під страхом недійсності підлягали державній реєстрації і відповідно до ст. 135 цього кодексу право власності на таке майно могло виникнути лише у мо­мент цієї реєстрації1.

Таким чином, при даруванні жилого будинку право влас­ності у обдарованої особи виникало незалежно від факту передачі їй будинку. Оскільки ЦК України такого імператив­ного правила щодо виникнення права власності не містив, то відповідно в Україні не було будь-яких законодавчих підстав для визнання договору дарування жилого будинку консен-суальним договором. Оскільки ринкове законодавство прого­лошує принцип свободи договору та визначення його умов, якщо це прямо не заборонено законом, то сторони можуть надати чинності договору дарування жилого будинку (кварти­ри) ще до його фактичної передачі дарувальником обдарова­ній особі. У такому випадку цей договір є консенсуальним. Такий принцип пропонується закріпити у новому ЦК України, у ст. 765 проекту якого записано, що "за договором даруван­ня одна сторона (дарівник) передає або зобов'язується пере­дати у майбутньому іншій стороні (обдарованому) безоплатно майно у власність". При цьому у проекті, на відміну від чин­ного ЦК України, момент укладення угоди не пов'язаний з моментом передачі майна у власність. За таких умов договір дарування з обов'язком передати майно обдарованому у майбутньому вважатиметься чинним до його фактичної передачі, а відтак матиме ознаки консенсуальної угоди.

Договір дарування є *одностороннім.* З його укладенням у сторін, як правило, не виникають взаємні або односторонні обов'язки. Щодо прав, то їх набуває лише обдарований у вигляді повноважень власника стосовно прийнятого майна. Відповідно до ч. З ст. 243 ЦК України дарування громадянами майна державним, кооперативним або іншим громадським

' Див.: *Иоффе О.С.* Обязательственное право. — С. 394—396

***зав Глава 13***

організаціям може бути обумовлено використанням цього майна **для певної** суспільне корисної мети (наприклад, зібрання **книг**—для наукових досліджень, колекція картин— **для** публічного **показу в** музеї, кошти —для лриябвння сучас­ного медичного обладнання). Нині, в умовах законодавчого визнання рівноправності усіх *форм* власності, певне цільове використання дару цілком можливе й тоді, кояи обдарованою особою є громадянин.

**§ 2. Сторони та зміст дато дарування**

Сторонами у договорі дарування можуть бути як громадяни, так і юридичні особи, а в певних випад­ках — і держава. Укладення договорів дарування громадя­нами має здійснюватися з додержанням загальних правил цивільного законодавства про їх дієздатність. Крім того. Ко­декс про шлюб та сім'ю України встановлює додаткові гаранти захисту осіб, які перебувають під опікою або піклуванням. Так, опікун не має права без дозволу органів опіки і піклування укладати угоди, а піклувальник — давати згоду на їх здійснення, якщо вони виходять за межі побутових. Такими угодами, зокрема, є договори, що підлягають нотаріальному посвідченню *і* спеціальній реєстрації, відмова від належних підопічному майнових прав, поділ майна тощо <ст. 145 Кодек­су про шлюб та сім'ю).

Юридичні особи виступають сторонами у договорі дарування в межах своєї спеціальної дієздатності. При цьому законо­давство не містить будь-яких обмежень щодо прийняття юридичними особами дару. Водночас безоплатне відчуження майна (у тому числі й за договором дарування) вони мають здійснювати відповідно, до вимог їхніх статутів та законо­давчих актів. У період Існування командно-адміністративних методів управління економікою права юридичних осіб на без­оплатне відчуження майна значно обмежувалися. Найбіль­шого поширення у цей час набули нагородження працівників за успіхи в роботі цінними подарунками, грошовими пре­міями, не передбаченими системою оплати праці (ст. 143 Ко­дексу законів про працю УРСР, 1971 р.).

***Договір дарування* 397**

**Нове** законодавство, як і те, що діяло раніше, **не** містить безпосередньої вказівки про право юридичне»! **особи** переда­вати майно за договором дарування. У ньому, як правило, за­стосовується термін "безоплатна передача майна". **Так,** відповідно до ст. 10 Закону України "Про підприємства в Україні підприємству надається право, якщо **інше** не перед­бачено його статутом, вчиняти будь-які угоди щодо належно­го йому майна. При цьому безоплатна передача І надання підприемствам матеріальних цінностей громадянам здійснюються з дозволу власника або уповноваженого *ним* органу, крім випадків, передбачених законодавством *України.* Отже, юридичні особи також мають право дарувати майно іншим особам відповіно до їх установчих документів та закону.

7 липня 1992 р. до ч. З ст. 1*0* Закону України "Про підприємства в Україні було внесено зміни щодо порядку відчуження державної власності. Відповідно до цих змін відчуження від держави засобів виробництва, що є державною власністю і закріплені за державним підприємством, здійснюється виключно на конкурентних засадах (через біржі, за конкур­сам, на аукціонах) у порядку, визначеному Фондом держав­ного майна України. Фактично це означає, що зазначене майно не може відчужуватися від держави за договором да­рування або іншим безоплатним способом.

Крім того. Декретом Кабінету Міністрів України "Про управління майном» що є у загальнодержавній власності" від 26 грудня 1992 р. встановлено заборону на безоплатну пере­дачу підприємствами, що перебувають у загальнодержавній власності, закріпленого за ними майна іншим підприємствам, організаціям та установам, а також громадянам і водночас припинено до п. 6 ст. 10 Закону України "Про підприємства в Україні" у частині здійснення такими підприємствами без­оплатної передач» майна громадянам2.

Предметом договору дарування може бути будь-яке майно, не вилучене з товарообороту яке може бути у влас­ності особи, якій воно дарується. При даруванні необхідно також додержуватися спеціальних правил, встановлених для

4 Вйомості Верховної Ради України. — 1992. • 2 **Там** само. — 1993. — № 7. — Ст. 52.

• № 38. — Ст. 562.

368 Глава 13

набуття права власності громадянами на окремі види майна (наприклад, вогнепальна зброя).

На відміну від договору купівлі-продажу відчужувач майна (дарувальник) за договором дарування не зобов'язаний до­держуватися усіх існуючих вимог до якості відчужуваного об'єкта. Безумовно, етичніше, коли дарувальник повідомить обдарованого про відомі йому недоліки дару, оскільки обда­рований мав би можливість утриматися від його прийняття. Дарувальник не зобов'язаний виправляти недоліки прийнято­го дару або зазнавати витрат, пов'язаних з виправленням їх, або обмінювати на якісну річ (навіть тоді, коли йому було відо­мо про існування недоліків дару). Вважаємо, що дарувальник має відповідати за шкоду, заподіяну обдарованому річчю з недоліками, відомими дарувальникові, але не відомими потерпілому. Отже необхідно підтримати положення ст. 768 проекту ЦК України, згідно з якими дарувальник зобов'яза­ний інформувати про відомі йому недоліки речі або її особливі властивості, які можуть бути небезпечні для життя, здоров'я, майна як самого обдарованого, так і інших осіб.

Належність дарування до односторонніх договорів аж ніяк не позбавляє його ознак двосторонньої угоди, для укладення якої необхідне волевиявлення двох сторін (дарувальника і обдарованої особи). Це означає, що дарування вважається здійсненим (тобто договір укладеним) за наявності волевияв­лення обдарованої особи, висловленого у будь-якій формі. Як правило, воно виявляється у відповідній поведінці, зумовле­ній тією чи іншою подією, обставинами (днем народження, ве­сіллям, ювілеєм тощо). Безпосередня згода особи, якій дарує­ться майно, вимагається за тими угодами, які потребують спеціального оформлення. Якщо дарунок не прийнято, дого­вір дарування не вважається укладеним. При цьому не може бути ніяких правових підстав, щоб змусити особу прийняти дарунок, якщо вона. на це не дала згоди раніше.

З укладенням договору дарування фактично припиняється юридичний зв'язок між сторонами. Обдарована особа, без­перечно, має право добровільно прийняти на себе обов'язок належного ставлення до дарувальника. Проте такий обов'я­зок має суто морально-етичний характер і не породжує відпо­відних юридичних наслідків. Тому, за чинним законодав­ством, неуважне ставлення обдарованої особи до даруваль-

Договір дарування 369

ника, нанесення останньому образ не можуть бути підставою для розірвання договору дарування.

На наш погляд, не може суперечити поняттю і призначен­ню договору дарування укладення таких угод, за якими б да­рувальник зберігав певні права (наприклад, дарування жилого будинку із збереженням за дарувальником права користування певною частиною жилого приміщення, дару­вання автомашини із збереженням за дарувальником права періодичного користування нею). Бажано, щоб угоди з такими умовами знайшли своє врегулювання у новому цивільному законодавстві. У зв'язку з цим занадто категоричним уявляє­ться положення ст. 765 проекту ЦК України про те, що "дого­вір не є даруванням, якщо обдарований зобов'язується при цьому вчинити на користь дарівника будь-яку дію майнового чи немайнового змісту".

Договір дарування укладається у формі, визначеній за­гальними правилами цивільного законодавства про форму угод (статті 43,44 та 46 ЦК). Це може бути усна або письмова форма. Відповідно до ч. 1 ст. 244 ЦК У країни договір даруван­ня на суму 500 крб., а при даруванні валютних цінностей — на суму понад 50 крб. має бути нотаріально посвідчений. Нині існування зазначеної норми втратило будь-яку доцільність і практичну значимість. По-перше, не відповідає реаліям сьо­годнішнього дня вимога про нотаріальне посвідчення догово­ру дарування на суму понад 500 крб., оскільки остання є за­надто низькою порівняно з цінами на товари. Фактично втра­тила свою чинність норма про нотаріальне посвідчення за­значених угод з валютними цінностями у зв'язку зі зміною політики валютного регулювання і прийняттям у цій сфері принципово нового законодавства, зокрема Декрету Кабіне­ту Міністрів України "Про систему валютного регулювання і валютного контролю" від 10 лютого 1993 р.

Поки не внесено змін до чинного ЦК України щодо вище­зазначених сум дару можуть виникати спори про відповід­ність того чи іншого договору дарування вимогам ЦК про форму угод. Нам здається, що такі спори можна вирішувати з урахуванням ст. З Закону України "Про державні гаранті"? відновлення заощаджень громадян України" від 21 листопада 1996 р., якою встановлено, що заощадження громадян, покладені до Ощадного банку СРСР у період до 2 січня

370 Глава 1З

**1992** р., відновлюються у співвідношенні 1 крб. заощаджень на 1,05 грн. за станом на 1 жовтня 1996 рік

**Вимагають** нотаріального посвідчення відповідно **до** ч. З ст. 244 ЦК України **(в** редакції Закону від 16 грудня 1993 р.) та ст. **227** ЦК **України** договори дарування нерухомості, якщо хоч би однією із сторін є громадянин. Такі договори також мають бути зареєстровані у виконавчому комітеті місцевої ради (місцевій державній адміністрації).

З прийняттям Закону України від 16 грудня 1993 р. втра­тили чинність положення ст. 226 про обмеження при відчу­женні жилих будинків, у тому числі і шляхом дарування, та ст. 227 про обов'язкове нотаріальне посвідчення договорів дарування будівельних матеріалів з участю громадян.

Договір дарування громадянином майна державній, коопе­ративній або іншій громадській організації укладається у простій письмовій формі. Таке правило може зберегтися і у проекті **ЦК** України, за винятком, можливо, дарування неру­хомості юридичним і фізичним особам. Так, ст. 769 проекту *ЦК.* України передбачає нотаріальну форму договору дару­вання нерухомості незалежно від суб'єктного складу обдаро­ваних осіб (фізичних чи юридичних).

Правила цивільного законодавства про форму договорів дарування мають поширюватися і на ті угоди, що укладаються між подружжям, батьками і дітьми та між іншими близькими особами. Проте у юридичній літературі висловлювалися думки про необов'язковість застосування правил цивільного законодавства про форму угод, що укладаються між такими особами, зокрема між подружжям. Обгрунтовувалося це тим, що правила про нотаріальне посвідчення договору дарування на суму понад 500 крб., розраховані на регулювання відносин учасників цивільного обігу, не можна повною мірою застосу­вати до майнових відносин подружжя, зумовлених їхніми особистими взаємовідносинами. З цим не можна погодитися, оскільки, як. правило, договори дарування між громадянами зумовлені особистими зв'язками, особливо між подружжям, батьками і дітьми та іншими родичами. Важко припустити, що ця обставина не була відома законодавцеві, який не зробив

\* Голос України. — 1994. — 6 січня

***Договір дарування 371***

ніяких винятків для таких осіб з правил про форму угод Парування.

Необов'язковість належного оформлення **угод** між подруж­жям чи іншими близькими особами •позбавляла б суп у бага­тьох випадках можливості встановити реальну наявність між ними договірних відносин. Це б давало можливість подружжю легко уникати відповідальності за особистими боргами або очікуваної конфіскації майна, оскільки дружина-боржник або один з подружжя, який скоїв злочин, завжди міг заявити, що належна йому частка у майні або його особисте майно вже раніше було подароване іншому з подружжя. Насправді таке майно продовжувало б перебувати у їхній спільній власності або роздільній власності дружини-боржника.

Отже, правила цивільного законодавства про форму урод дарування мають застосовуватися незалежно від характеру взаємовідносин їх суб'єктів. Не дає підстав для іншого ви­сновку також аналіз судової практики, зокрема постанови Пленуму Верховного Суду України "Про судову практику в справах про визнання угод недійсними" від 28 квітня 1978 р. (із змінами, внесеними постановою Пленуму від 25 грудня 1992р.)1.

При укладенні договорів дарування необхідно додержува­тися спеціальних правил, встановлених для відчуження част­ки у спільному майні, об'єктів, використовуваних у підприєм­ницькій діяльності тощо. Так, для укладення угод про відчу­ження спільного майна подружжя, що потребують обов'язкового нотаріального посвідчення, має бути письмова згода другого з подружжя.

Варто зазначити, що поняття "безоплатна передача майна" значно ширше за поняття "передача майна за договором да­рування". Близькими за своїм змістом до дарування є відно­сини, що випливають з передавання майна у формі благодій­ництва, пожертв, нагородження преміями або цінними пода­рунками за певні заслуги чи у зв'язку з ювілеєм. Своєрідними формами дарування можна вважати внесення коштів бать­ками у кредитні установи на ім'я дітей, відмову одного з подружжя від частки у спільному майні на користь другого з

' Збірник постанов Пленуму Верховного Суду України. — Ч. 1 — «., 1995. — С. 49—57.

372 Глава 13

них, відмову спадкоємця від спадщини на користь будь-кого з інших спадкоємців, держави або окремих юридичних осіб (ст. 553 ЦК), а також нагородження державними та міжнарод­ними преміями за заслуги громадян та організацій перед дер­жавою, народами світу.

Не можуть вважатися даруванням виплати премій праців­никам у порядку існуючої системи оплати праці, виплати в по­рядку соціального захисту населення, приватизація громадя­нами державного майна на підставі приватизаційних серти­фікатів тощо.

У будь-якому суспільстві є прошарки населення з невели­кими доходами, а також окремі громадяни, соціальне не захи­щені з різних суб'єктивних і об'єктивних причин. Особливо скрутним стає матеріальне становище значної частини насе­лення у перехідні періоди реформування економіки, що від­бувається нині і в Україні. За цих умов певну матеріальну до­помогу найбіднішим верствам населення, хворим та інвалі­дам можуть надати організовані форми благодійництва. Роз­виткові системи благодійництва має сприяти Закон України "Про благодійництво та благодійні організації" від 16 вересня 1997 р.1, за яким благодійництвом визнається добровільна безкорислива пожертва фізичних та юридичних осіб у поданні набувачам матеріальної, фінансової, організаційної та іншої благодійної допомоги, специфічними формами якої є *меце­натство* і *спонсорство.* Цей закон визначив організаційно-правові засади благодійництва та діяльності благодійних організацій.

Урядовий кур”ер

Глава 14. Договір довічного утримання

За договором довічного утримання, одна сторона, що є непрацездатною особою за віком або станом здоров'я (відчужувач), передає у власність другій стороні (на­бувачеві майна) будинок або частину його, взамін чого набу­вач зобов'язується надавати відчужувачеві довічне мате­ріальне забезпечення в натурі у вигляді житла, харчування, догляду і необхідної допомоги (ст. 425 ЦК).

За своєю юридичною природою зазначений договір є *одностороннім,* оскільки у відчужувача є лише право вимага­ти від набувача надання обумовленого договором матеріаль­ного забезпечення, а набувач несе лише обов'язок — на­давати відчужувачеві матеріальне забезпечення. І все ж цей договір не можна визнати чисто одностороннім, оскільки у на­бувача може виникнути право вимагати розірвання договору. Якщо незалежно від волі набувача його майновий стан змінився так, що він не спроможний надавати відчужувачеві обумовлене договором забезпечення (ст. 428 ЦК), набувач має право вимагати розірвання договору.

Зазначений договір набуває чинності з моменту його дер­жавної реєстрації і в цей же момент до набувача переходить право власності на будинок (інше майно). Отже договір слід визнати *реальним.* Разом з тим це договір, у якому обидві сторони мають певну вигоду, а тому він є *сплатним.*

І все ж юридичну природу зазначеного договору не можна достатньо з'ясувати лише наведенням зазначених характе­ристик. Необхідно з'ясувати місце договору довічного утри-

**374 *Глава 14***

мання у системі договорів. За чинним ЦК України, цей договір належить до групи договорів про надання послуг. За ЦК РРФСР він вважався різновидом договору купівлі-прода­жу, оскільки його основна мета — перенесення права влас­ності від однієї особи до іншої на певних умовах. Відчужувач, який за віком чи станом здоров'я є непрацездатною особою, сам продає свій будинок чи його частину аби взамін одержати **те** матеріальне забезпечення, якого він потребує.

За ЦК України, зазначений договір належить до групи договорів про надання послуг. Законодавець того часу, коли приймався чинний ЦК, виходив з того, що непрацездатна особа, відчужуючи будинок чи його частину, має на меті передусім одержати утримання, догляд та інші послуги, яких вона потребує через непрацездатність. Відчуження будинку зумовлюється саме цією метою. Цим пояснюється місце до­говору довічного утримання не серед договорів про відчуження права власності, а серед договорів про надання послуг.

Проте розробники проекту ЦК України визнали, що метою договору довічного утримання є саме відчуження права влас­ності на певне майно, тому у проекті зазначений договір вва­жається різновидом договору купівлі-продажу, і його віднесе­но до цієї групи договорів. Таку саму позицію займає ЦК Російської Федерації (статті 601—605).

**Сторони у договорі довічного утримання.** Безумовно, стороною даного договору може бути особа, яка відповідає загальним вимогам до контрагентів у договорах. Крім того, законодавець передбачає спеціальні вимоги, яким має відпо­відати сторона у договорі довічного утримання. Такими вимо­гами є: відчужувачем може бути лише фізична особа, що має певне майно на праві власності; ця особа має бути непраце­здатною за віком або за станом здоров'я. При цьому не має значення фактичний стан здоров'я за віком, якщо відчужувач досяг пенсійного віку. Якщо йдеться про непрацездатність за станом здоров'я, то вік відчужувача не має значення. Голов­не аби відчужувач був непрацездатною особою, а внаслідок чого настала непрацездатність, то ця обставина правового значення не має. На нашу думку, немає ніякої потреби підкреслювати у законі, що особа має бути непрацездатною за віком або за станом здоров'я. Досить того, що ця особа

Договір довічного утримання 375

(відчужувач) непрацездатна, а непрацездатність може на­стати лише **за** віком або за станом здоров'я.

Проте, якщо йдеться про непрацездатність відчужувача за станом здоров'я, то в необхідних випадках стан здоров'я має бути засвідчений відповідними медичними висновками чи до­кументами.

Проект ЦК України не містить такої вимоги до відчужувача як непрацездатність. Відповідно до ст. 798 проекту ЦК "за до­говором довічного утримання одна сторона (фізична особа) передає у власність іншій стороні (фізичній або юридичній особі) будинок або його частину; квартиру, інше нерухоме або таке, що має значну цінність, рухоме майно, взамін чого на­бувач майна зобов'язується надати відчужувачеві або зазначеній ним третій особі довічне грошове або матеріальне забезпечення в натурі у вигляді житла, харчування, догляду, медичного обслуговування, санаторно-курортного лікування та іншої необхідної допомоги".

Отже, за проектом ЦК України, відчужувачем може бути будь-яка фізична особа, що має майно на праві власності, яким вона може розпоряджатися на свій розсуд. З цього випливає, що будинок (його частина), який має перейти за до­говором у власність набувача, не може бути обтяжений за­ставою або іншими зобов'язаннями.

За чинним цивільним законодавством, набувачем за дого­вором довічного утримання може бути тільки фізична особа, хоч у чинному ЦК України сказано, що набувачем може бути особа, при цьому не підкреслюється, що ця особа має бути фізичною (ст. 425). Проте судова практика пішла по шляху визнання набувачем за договором довічного утримання лише фізичної особи. Юридична особа, мовляв, не може бути на­бувачем за цим договором, оскільки укладення договору довічного утримання виходить за межі статутної діяльності юридичної особи.

Практика показала недоцільність такого обмеження, і тому проект ЦК України, як видно з наведеного визначення дого­вору довічного утримання, визнав за можливе набувати права власності на будинок чи інше майно також і юридичною особою за цим договором.

Отже, за проектом ЦК України, набувачем майна за дого­вором довічного утримання може бути будь-яка особа як фізична, так і юридична. При цьому юридична особа може

***376 Глава 14***

мати більші можливості для матеріального забезпечення від­чужувана. Слід мати на увазі, що це застереження стосується і фізичної особи. Набувачем майна за договором довічного утримання має бути лише така особа, яка може і здатна надати відчужувачеві обумовлене договором матеріальне за­безпечення. Якщо такої можливості вона не має, суд за позо­вом відчужувана може розірвати зазначений договір.

Спірним було питання, чи може утримання за договором надаватися лише відчужувачеві будинку, чи воно може на­даватися і третім особам за вказівкою відчужувача. Із змісту ст. 425 ЦК України випливає, що матеріальне забезпечення за цим договором може надаватися лише відчужувачеві — непрацездатній особі. Проте і тут проект ЦК України пішов далі, у п. 2 ст. 798 якого зазначається: "Допускається вста­новлення довічного утримання на користь кількох фізичних осіб, частки яких у праві на одержання утримання вважають­ся рівними, якщо інше не передбачено договором". Отже, до­говором може бути обумовлено право на одержання утримання і на користь третіх осіб, яких, безумовно, визначає відчужувач майна.

**Майно, яке може бути предметом відчуження за дого­вором довічного утримання.** За чинним ЦК України, таким майном може бути лише будинок або його частина. Проте практика застосування цієї статті показала також недоціль­ність такого обмеження. Виходячи саме з потреб практики, проект ЦК України передбачає досить широке коло об'єктів, які можуть бути предметом відчуження за договором довіч­ного утримання. Так, відповідно до ст. 798 проекту ЦК таким майном може бути будинок або його частина, квартира, інше нерухоме майно, а також і рухоме майно, що має значну цін­ність. Зрозуміло, що зазначене майно має бути власністю від­чужувача. Коли йдеться про квартиру, то квартира має бути приватизована чи належати відчужувачеві на інших правових підставах саме на праві власності. Що стосується рухомого майна істотної цінності, то до нього варто віднести передусім транспортні засоби та інші рухомі речі дійсно значної вартості, зокрема твори мистецтва (картини, скульптури тощо).

Оскільки договір довічного утримання є різновидом дого­вору купівлі-продажу, то можна вести мову про ціну цього до­говору, але ціну своєрідну, яка може виражатися не тільки у грошовій сумі, а й у матеріальному забезпеченні у натурі. У

***377***

Договір довічного утримання

договорі повинно бути чітко визначена оцінка відчужуваного майна за погодженням сторін, яка певною мірою має бути адекватною обумовленому договором матеріальному забез­печенню. Зрозуміло, що точно визначити обсяг і розмір витрат на матеріальне забезпечення у натурі чи в грошовій сумі просто неможливо. Це можна зробити лише приблизно. Проте явна невідповідність відчужуваного майна передбачу­ваним витратам на матеріальне забезпечення у натурі чи у грошах може стати перешкодою до укладення договору довіч­ного утримання. Варто пам'ятати, що це справа сторін — вони можуть дійти згоди навіть за наявності зазначеної невідповідності.

В договорі мають бути чітко визначені види, обсяг, якість та інші характеристики матеріального забезпечення у натурі, передусім окреслені види матеріального забезпечення в на­турі. Якщо йдеться про житло, то воно має бути конкретно ви­значено — яка саме кімната, якого розміру, її місцезнахо­дження, опалення, освітлення тощо. Так само має бути визначено вид і кількість харчування — скільки разів на добу, його калорійність та окремі елементи, з чого воно складати­меться. Варто зазначити, що відчужувачами здебільшого є непрацездатні за віком або станом здоров'я люди. Вони мо­жуть потребувати спеціального раціону харчування, тому все це має бути відображено у договорі.

Складовою частиною матеріального забезпечення у натурі відчужувача майна може бути догляд за ним. У договорі також має бути чітко обумовлено, в чому полягатиме цей до­гляд (своєчасна заміна натільної і постільної білизни, приби­рання кімнати, прогулянки у супроводі іншої особи, придбання одягу, взуття тощо). Аби уникнути спорів з цього приводу, необхідно у договорі визначити види, способи і форми такого догляду, їх періодичність, якість та зміст. Такий догляд може включати і медичне обслуговування. В договорі також має бути визначено, якого саме медичного обслуговування по­требує відчужувач — загального чи спеціального, придбання ліків тощо. Слід враховувати, що ліки у сучасних умовах річ далеко не проста. Відчужувач може вимагати досить рідкісні і дорогі ліки, придбання яких не під силу набувачеві. Тому й цю умову треба конкретно обумовити у договорі — які саме ліки, їх кількість і приблизна вартість. Відповідно до чинного закону відчужував має право також на іншу необхідну допомогу з боку набувача майна за договором довічного утримання. В договорі треба визначити, в чому полягатиме ця допомога, її види, форми, розмір тощо.

Нарешті, за проектом ЦК України, довічне утримання може надаватися не тільки у вигляді матеріального забезпечення у натурі, а й у грошовій сумі.

У такому разі у мають бути визначені розміри періодичних. Проект ЦК допускає можливість заміни над довічного утримання у натурі у період чинності договору виплатою періодичних платежів у грошах. При цьому розмір грошової суми, що визначається у договорі, у розрахуй» місяць має бути не менший за розмір грошової оцінки прожиткового мінімуму.

Відчужувач майна може закласти позов до набувача ні тільки про розірвання договору, а й про примушення набува­ча до виконання взятих ним на себе зобов'язань або стягнен­ня з нього у грошовому виразі всіх цих видів матеріального забезпечення у натурі. Якщо договір передбачав обов'язок періодичної виплати грошової суми на особисті витрати відчужувача, то в разі її несвоєчасної виплати настають наслідки, обумовлені простроченням виконання зобов'язання. Так, відповідно до ст. 214 ЦК України набувач зобов'язаний спла­тити ще й три відсотки річних від невиплаченої суми. Сторони у договорі можуть передбачити й інший розмір штрафу.

Проект ЦК України передбачає також можливість вклю­чення до договору довічного утримання обов'язку набувача майна оплатити ритуальні послуги.

Сторони можуть передбачити й інші види, способи і форми матеріального забезпечення у натурі. Вони мають бути лише чітко конкретизовані. У практиці укладення договорів довіч­ного утримання часто передбачається обов'язок набувача майна виплачувати відчужувачеві щомісячні невеликі гро­шові суми на дрібні витрати.

***379***

Договір довічного утримання

Бажано, аби договорі всі види матеріального забезпечен­ня у натурі оцінювалися також у грошах.

Як зазначалося вище, за договором довічного утримання право власності на відчужуване майно переходить до набу­вача з усіма наслідками, що з цього випливають. Проте чинне законодавство встановлює певні обмеження щодо цього майна. Передусім відчужувач майна має бути його власни­ком. Це майно не повинно бути обтяжене заставою чи іншими зобов'язаннями. Як чинний ЦК України, так » проект ЦК містять норму, за якою хоч набувач г стає власником набуто­го за договором найма, проте він не має права під час дїі до­говору обтяжувати одержане майно боргами та відчужувати його. Разом з тим відчужувач майна за проектом ЦК України набуває статусу заставоутримувача.

Режим майна, набутого за договором довічного утриман­ня, визначається статусом власника цього майна. Так, на­приклад, ризик випадкової загибелі чи пошкодження зазна­ченого майна за загальним правилом несе набувач — влас­ник. У такому разі набувач майна не звільняється від обов'яз­ків, покладених на нього договором.

Однією з важливих умов договору є строк його чинності. Оскільки набувач зобов'язаний утримувати відчужувача довічно, то строк договору не можна чітко визначити. Строк чинності договору може бути досить тривалий, проте практиці відомі не поодинокі випадки припинення договору раніше на­стання смерті відчужувача. Це характеризує договір довічно­го утримання як договір з невизначеним строком, тобто зобов'язання, що випливають з цього договору є такими, що тривають невизначений строк.

Настання смерті відчужувача майна є умовою припинення договору довічного утримання. Проте цей договір не можна визнати умовним правочином, оскільки в умовних правочинах умова може настати, а може й не настати. Смерть — об'єктивна категорія, вона обов'язково настане незалежно від вол» сторін. Тому договір довічного утримання скоріше слід визнати строковим, а не умовним правочином.

Форма договору довічного утримання. Зазначений договір має бути нотаріально посвідчений. Якщо ж предметом договору є нерухомість, то такий договір підлягає державній реєстрації. З цього випливає, що право власності на від-

***380***

чужувану нерухомість переходить до набувача лише з мо­менту державної реєстрації договору. Недодержання форми договору довічного утримання тягне за собою його недійсність (ст. 47 ЦК). Визнання договору недійсним за не­додержання нотаріальної форми спричинює двосторонню реституцію.

**Права та обов'язки сторін за договором.** Як зазначало­ся, договір довічного утримання є одностороннім договором, в якому відчужувач набуває лише права і не несе ніяких обов'язків, а набувач набуває лише обов'язки і не має ніяких прав (за винятком розірвання договору через неможливість виконувати його умови). Отже, відчужувач має право вима­гати надання довічного утримання у вигляді грошових сум або матеріального забезпечення у натурі. Набувач майна зобо­в'язаний виконати вимогу відчужувача в межах, обумовле­них договором.

Виконання договору полягає у наданні всіх видів мате­ріального забезпечення у натурі відповідно до змісту догово­ру. Тому і вимагається, аби у договорі були досить чітко визначені види, обсяг, способи та форми довічного утриман­ня. Якщо, наприклад, у договорі визначена конкретна кімната для надання житла відчужувану, то замінити цю кімнату на іншу можна лише за згодою останнього. Це правило стосується усіх інших видів матеріального забезпечення у натурі. Проте деякі види утримання чи матеріального забезпечення не можна чітко конкретизувати заздалегідь у договорі. Так, навряд чи можна наперед визначити зміст догляду чи необхідної допомоги, які будуть потрібні відчужувачеві у май­бутньому в процесі чинності договору. Проте їх загальний зміст та обсяг визначити у договорі варто.

За невиконання або неналежне виконання умов договору набувач майна несе відповідальність. Вона полягає в тому, що відчужувач має право відповідно до ст. 428 ЦК України вимагати розірвання договору, якщо набувач майна не виконує узятих на себе обов'язків. За проектом ЦК України право вимагати розірвання договору за наведеною підставою має не тільки відчужувач майна, а й особи, на користь яких укладено договір. У такому разі набуте набувачем за догово­ром довічного утримання майно підлягає поверненню відчу­жувачеві. Витрати набувача майна на утримання відчу-

***381***

Договір довічного утримання

жувача до розірвання договору з цієї підстави, відшкоду­ванню не підлягають.

Договір довічного утримання може бути розірваний і на вимогу набувача майна (фізичної особи), якщо з незалежних від нього обставин його майновий стан змінився настільки, що він не може надавати відчужувачеві або зазначеній ним третій особі обумовлене забезпечення.

При розірванні договору довічного утримання як з першої, так і з другої підстав настають ті самі наслідки — майно повер­тається відчужувачеві, а витрати набувача на забезпечена відчужувача не відшкодовуються.

Договір довічного утримання припиняється також внаслі­док смерті осіб, які отримували утримання. Якщо право на одержання утримання мали кілька осіб, то в разі смерті однієї з них договір припиняється щодо особи, яка померла.

Смерть набувача майна за договором довічного утримання не припиняє договору. Відповідно до ст. 429 ЦК України у разі смерті набувача майна обов'язки за договором переходять до тих спадкоємців, до яких переходить відчуже­ний за договором довічного утримання будинок. За від­сутності у набувача майна спадкоємців або при відмові їх від договору довічного утримання будинок, що був відчужений з умовою довічного утримання, повертається відчужувачеві. Проект ЦК України зазначену статтю доповнив нормою про те, що якщо у такому разі відчужувач заявить вимогу про повернення майна, договір довічного утримання припиняє­ться. Іншими словами, в разі смерті набувача майна за дого­вором довічного утримання відчужувач цього майна має право вимагати припинення чинності договору, зокрема якщо спадкоємці набувача з тих чи інших причин не влашто­вують відчужувача.

При цьому у проекті ЦК України йдеться не лише про буди­нок або його частину, а й про інше майно, яке може бути пред­метом договору довічного утримання.

Оскільки відповідно до проекту ЦК України набувачем майна може бути і юридична особа, то постає питання, яка доля набутого юридичною особою майна після її ліквідації. За ст. 803 проекту ЦК, у разі ліквідації юридичної особи обов'яз­ки за договором довічного утримання переходять до право­наступників юридичної особи, яка уклала договір. У такому разі майно, що було раніше відчужене з умовою довічного утримання, підлягає поверненню відчужувачеві. Отже, обов’язки по утриманню відчужувача переходять до правонаступників юридичної особи, а відчужене майно має бути повернуте відчужувачеві. На нашу думку, цю норму сформульовано невдало.

Обов'язки з утримання відчужувача майна переходять до правонаступників юридичної особи, а майно має бути повернуте відчужувачеві.В такому разі відпадає правова підстава для утримання відчужувача майна правонаступниками юридичної особи. Ця норма потребує певного уточнення.

Варто пам'ятати, що у разі смерті набувача майна за дого­вором довічного утримання відмовитися від договору може не тільки відчужувач, а й спадкоємці померлого набувача майна (ст. 429 ЦК). У такому разі майно повертається відчужувачеві. Ця норма збереглася і в проекті ЦК України (п. 2 ст. 802).

Відповідно до проекту ЦК України (п. З ст. 800) майно, передане набувачеві за договором довічного утримання за погодженням сторін може бути замінене рівноцінним за вар­тістю майном набувача із збереженням усіх обов'язків, які прийняв набувач за укладеним раніше договором.

**І**

Розділ II. Зобов'язання з передачі майна у користування

Глава 15. Майновий найом (оренда)

**§ 1. Договір майнового найму**

Поняття, види та загальна характерис-гика договору майнового найму. За договором майнового найму одна сторона (наймодавець) зобов'язується надати другій стороні (наймачеві) майно у тимчасове користування за плату (ст. 256 ЦК).

У законодавстві та літературі поряд з терміном "майновий найом” широко вживаються терміни "оренда", ''лізинг”, "Про­кат", якими позначають однотипні за своєю юридичною при­родою договори, кожен з яких має певні особливості, обумов­лені предметом найму. Так, предметом оренди можуть бути цілісні майнові комплекси державних підприємств або їх структурних підрозділів, окремі будівлі та спорки або примі­щення у них, земля; предметом лізингу — устаткування, транспортні та інші основні засоби; предметом прокату — як правило, рухомі речі, що їх використовують для задоволення побутових невиробничих потреб (побутова теле-, радіо-, відеоапаратура, пральні машини, холодильники тощо).

Деякі види майнового найму позначають іншими терміна­ми. Так, за договором фрахтування судна на певний час суд­новласник зобов'язується за обумовлену плату (фрахт) надати судно фрахтувальникові для перевезення пасажирів, вантажів та інших цілей торговельного мореплавства на певний час (ч.1 ст. 203 Кодексу торговельного мореплавства

384 Глава 15

України). На підставі договору *чартера* (фрахтування повіт­ряного судна) виконують чартерне повітряне перевезення (ст. 61 Повітряного кодексу України).

Договір майнового найму відрізняється від інших (суміж­них) цивільно-правових договорів рядом ознак:

а) наймач отримує майно не у власність, а лише у *тимча­сове користування.* Цим договір майнового найму відрізняє­ться від договорів купівлі-продажу, міни та дарування, за якими одержувач майна стає його власником або набуває права повного господарського відання чи оперативного управління. Крім того, оскільки користування майном за до­говором майнового найму є тимчасовим, після закінчення строку договору або у разі його дострокового розірвання на­ймач зобов'язаний повернути майно утому стані, в якому він його одержав;

б) оскільки надане наймачеві майно підлягає поверненню, *предметом* майнового найму можуть бути *індивпуально-визначені, неспоживні речі* (устаткування та обладнання, приміщення, будівлі і споруди, транспортні засоби, предмети побутової техніки, музичні інструменти, спортивний інвентар тощо), які не знищуються повністю або не перетворюються на іншу річ у процесі їх використання. В цьому полягає відмін­ність договору майнового найму від договору позики, пред­метом якого можуть бути споживні речі (гроші або речі, ви­значені родовими ознаками) і за яким позичальник зобо­в'язується повернути позикодавцеві таку саму суму грошей або рівну кількість речей того самого роду і якості (ст. 174 ЦК);

в) ще однією ознакою, що характеризує договір майнового найму є його *оплатність.* Цією ознакою він відрізняється від договору безоплатного користування майном, за яким майно теж передається у тимчасове користування з умовою його повернення, але безоплатно (ст. 324 ЦК).

Договір майнового найму є договором *двостороннім,* оскільки кожна із сторін цього договору набуває прав і стає взаємно зобов'язаною; *сплатним,* про що вже зазначалося вище; *консенсуальним,* оскільки він вважається укладеним внаслідок досягнення між сторонами угоди незалежно від мо­менту передачі речі.

**Сторони у договорі майнового найму.** Договір майново­го найму широко застосовується як у відносинах між органі­заціями, так і у відносинах організацій з громадянами (в тому

Майновий найом (оренда) 385

числі суб'єктами підприємницької діяльності). Укладається він і між громадянами.

Так, відповідно до пунктів 5 та 6 ст. 10 Закону України "Про підприємства в Україні" підприємство, якщо інше не передба­чено чиннним законодавством та його статутом, має право здавати в оренду іншим підприємствам, установам та орга­нізаціям належні йому будинки, споруди, устаткування, тран­спортні засоби, інвентар, а також здавати в оренду громадя­нам засоби виробництва та інші матеріальні цінності, за винятком тих, які відповідно до законодавчих актів України не можуть бути у їх власності.

Громадянин, як власник належного йому майна, може використовувати його для здійснення господарської та іншої діяльності, не забороненої законом, зокрема передавати його за плату у володіння та користування іншим особам (п. 2 ст. 4 Закону України "Про власність").

Щодо окремих видів договорів майнового найму законо­давством визначені спеціальні суб'єкти (наприклад, Фонд державного майна України або його регіональні відділення — у договорі оренди цілісних майнових комплексів підприємств або їх структурних підрозділів; банк або лізингова компанія — у договорі лізингу), які можуть бути орендодавцями.

**Форма та строк договору.** Договір майнового найму ук­ладається як в усній (між громадянами на строк до одного року), так і в письмовій (між громадянами на строк більше одного року та з участю організацій, якщо інше не передба­чено окремими правилами) формі.

Майновий найом завжди має тимчасовий характер, навіть якщо договір укладено без зазначенння строку. За загальним правилом, строк договору майнового найму визначається за погодженням сторін, якщо інше не встановлено чинним зако­нодавством (ст. 258 ЦК). Так, відповідно до ст. 8 Земельного кодексу України земля може надаватися в оренду в корот­кострокове — до трьох років (для випасання худоби, сіноко­сіння, городництва, державних та громадських потреб) і дов­гострокове користування — до 50 років.

Якщо договір майнового найму укладено без зазначення строку, вважається, що він укладений на невизначений строк і кожна із сторін має право відмовитися від договору в будь-який час, попередивши про це у письмовій формі другу сто­рону за три місяці (ст. 259 ЦК).

ІЗ О. Дзера

***386 Глава 15***

На практиці часто наймач продовжує користуватися наданим йому майном, незважаючи на закінчення строку до­говору, а наймодавець проти цього не заперечує. У такому разі, як зазначається у ст. 260 ЦК України, договір вважає­ться поновленим на невизначений строк, *\* кожна із сторін має право у будь-який час відмовитися від договору, попередив­ши про це другу сторону за один місяць.

**Права та обов'язки сторін.** Головним обов'язком *наймо-давця є* надання наймачеві майна у стані, що відповідає умо­вам договору і призначенню майна (ст. 262 ЦК). Цьому обов'язку наймодавця кореспондує суб'єктивне право най­мача вимагати надання йому саме того індивідуально-визначеного майна, яке зазначене у договорі.

Якщо наймодавець не надає у користування наймачеві зданого в найом майна, наймач має право витребувати у нього це майно (це право наймача грунтується також на нор­мах ст. 208 ЦК, що стосуються виконання зобов'язання у на­турі) і вимагати відшкодування збитків, завданих затримкою виконання, або з свого боку відмовитися від договору і стягнуги збитки, завдані його невиконанням.

Наймодавець зобов'язаний проводити за свій рахунок капітальний ремонт зданого у найом майна, але за умови якщо інше не передбачено законом або договором (ч. 1 ст. 264 ЦК). Отже, наведена норма має диспозитивний ха­рактер, оскільки проведення капітального ремонту може бути покладено і на наймача. Якщо ж наймодавець не виконує покладений на нього обов'язок проводити капітальний ре­монт, наймач має право або зробити капітальний ремонт, що передбачений договором чи зумовлюється невідкладною потребою, і стягнути з наймодавця вартість ремонту чи зара­хувати її до найомної плати, або розірвати договір і стягнути збитки, завдані його невиконанням.

Ряд обов'язків за договором майнового найму покладає­ться на *наймача.* Один з найістотніших — обов'язок своє­часно вносити плату за користування майном. Розмір цієї плати, що встановлюється сторонами у момент укладення до­говору, з часом може змінюватися залежно від ряду обста­вин, Зокрема, відповідно до ст. 266 ЦК України наймач має право вимагати відповідного зменшення найомної плати, якщо через обставини, за які він не відповідає, можливість

***Майновий найом (оренда)***

***387***

передбаченого договором користування найнятим майном істотно зменшилася.

Наймач зобов'язаний користуватися майном відповідно до договору і призначення майна, підтримувати найняте майно у справному стані. За загальним правилом, на наймача по­кладається обов'язок проводити поточний ремонт, проте за­коном або договором цей обов'язок може бути покладено на наймодавця (наприклад, у договорах побутового прокату).

Користуючись найнятим майном, наймач може проводити чи інші його *поліпшення.* Доля цих поліпшень регулюється у законодавстві по-різному, залежно від того, проводилися вони з дозволу наймодавця чи без такого дозволу, а також чи можуть вони бути відокремлені без шкоди для майна, чи ні. У разі проведеного з дозволу наймодавця поліпшення найнято­го майна наймач має право на відшкодування зроблених для цієї мети необхідних витрат, якщо інше не передбачено зако­ном або договором (ч. 1 ст. 272 ЦК); якщо ж поліпшення майна зроблені наймачем без згоди наймодавця, то можливі різні варіанти вирішення питання щодо долі таких поліпшень. Так, поліпшення, якщо їх можна відокремити без шкоди для майна і якщо наймодавець не погодиться відшкодувати їх вар­тість, можуть бути вилучені наймачем. Вартість же поліпшень, зроблених наймачем без дозволу наймодавця, які не можна відокремити без шкоди для майна, відшкодуванню не підлягає.

Наймач має право за згодою наймодавця здавати найняте ним майно у піднайм, якщо інше не передбачено законом або договором. За договором піднайму, наймач зобов'язується передати піднаймачеві майно повністю або в певній частині у тимчасове користування за плату. Таким чином сторонами за цим договором є наймач, який стає наймодавцем, і під­наймач. Оскільки піднайом є договором, похідним від догово­ру майнового найму, у піднаймача не може бути більше прав щодо володіння і користування майном, ніж у наймача. Похід­ний характер договору піднайму означає також, що припи­нення договору майнового найму з будь-яких підстав тягне за собою припинення дії договору піднайму.

**Припинення договору майнового найму.** Договір майно­вого найму припиняється по закінченні строку дії договору. У цьому разі наймач зобов'язаний повернути майно у тому

***388***

Глава 15

стані, в якому він його одержав, з урахуванням нормального зносу, або у стані, обумовленому договором.

Разом з тим договір майнового найму може бути достро­ково розірваний за рішенням суду, арбітражного суду чи тре­тейського суду на вимогу наймодавця або наймача.

Наймодавець має право вимагати дострокового розірван­ня договору у таких випадках:

а) якщо наймач користується майном не відповідно до до­говору або призначення майна (п. 1 ст. 269 ЦК);

б) якщо наймач навмисне чи з необережності погіршує стан майна (п. 2 ст. 269 ЦК);

в) якщо наймач не вніс плати протягом трьох місяців з дня закінчення строку платежу (п. З ст. 269 ЦК).

Так, між орендним підприємством "Банно-оздоровчий комплекс "Центральний" та кооперативом "Гамма-1" було укладено договір оренди, відповідно до умов якого коопера­тив (орендар) зобов'язаний був вносити орендну плату не пізніше 10 числа наступного за звітним місяця у встановле­ному розмірі. Через деякий час у зв'язку зі змінами розцінок і тарифів сторони в окремому документі домовились, що роз­мір і порядок внесення орендної плати будуть визначені додатковою угодою сторін з урахуванням пропозицій орендо­давця.

Оскільки орендодавець таких нових пропозицій не подав, орендар припинив сплачувати орендну плат/ і не вносив її протягом року. Зазначене порушення умов договору дало підставу орендодавцю звернутися з позовом про розірвання договору оренди і виселення орендаря із займаного приміщення.

Арбітражний суд задовольнив позовні вимоги, зазначив­ши, що за юридичною природою договір оренди належить до сплатних. Конкретну суму і строки внесення орендної плати встановлено укладеним сторонами договором, а документ щодо укладення додаткової угоди свідчить про наміри і можливість збільшити ставки орендної плати, але не скасовує умов договору щодо внесення встановлених ним орендних платежів.

Таким чином, несплата протягом більше трьох місяців орендної плати стала підставою для розірвання договору оренди;

Майновий найом (оренда)

***389***

г) якщо наймач не зробить капітального ремонту в тих ви­падках, коли за законом або договором капітальний ремонт є обов'язком наймача (п. 4 ст. 269 ЦК);

д) з моменту прийняття Кабінетом Міністрів України рішен­ня про розміщення в адміністративних будинках і нежилих приміщеннях центральних державних органів дипломатичних представництв і консульств іноземних держав (Декрет Кабінету Міністрів України "Про впорядкування використання адміністративних будинків і нежитлових приміщень, що пере­бувають у державній власності" від 11 січня 1993 р. № 5-93).

Наймач має право вимагати дострокового розірвання до­говору майнового найму у таких випадках:

а) якщо наймодавець не робить капітального ремонту, що є його обов'язком (п. 1 ст. 270 ЦК);

б) якщо майно через обставини, за які наймач не відпо­відає, виявиться у стані, непридатному для користування (ч. 2 ст. 270 ЦК).

**§ 2. Договір побутового прокату**

Цивільне законодавство виділяє договір побутового прокату як один з різновидів договору майнового найму. Відповідно до ст. 273 ЦК за договором побутового про­кату державні, кооперативні та інші громадські організації надають громадянам у тимчасове користування за плату предмети домашнього вжитку, музичні інструменти, спортив­ний інвентар, легкові автомобілі та інше майно.

З наведеного визначення договору випливає, що наймо-давцями за ним можуть бути лише організації, а найма­чами—лише громадяни. Проте законодавство про підприєм­ництво не містить обмежень для заняття підприємницькою діяльністю у вигляді надання предметів прокату іншими суб'єктами підприємництва, в тому числі приватними підприємствами, господарськими товариствами, громадя­нами-підприємцями. Отже сьогодні коло наймодавців за цим договором значно ширше від визначеного у ст. 273 ЦК України.

Умови і порядок надання майна за договором побутового прокату визначаються загальними правилами про договір

**390**

***Глава 15***

майнового найму, зокрема щодо стану майна, яке надається (ст. 262 ЦК); наслідків ненадання майна (ст. 263 ЦК); обов'яз­ків наймача (пункти 1,2,3 та 5 ст. 265 ЦК); дострокового розір­вання договору на вимогу наймодавця (ст. 269 ЦК); відпові­дальності наймача за погіршення майна (ст. 271 ЦК); прав та обов'язків сторін у зв'язку з поліпшенням майна (ст. 272 ЦК).

Відповідно до наказу Українського союзу об'єднань, під­приємств і організацій побутового обслуговування населення "Про затвердження Інструкції щодо оформлення замовлень з окремих видів послуг та їх виконання" від ЗО травня 1994 р. (зі змінами та доповненнями від 27 березня 1997 р.) предмети прокату надаються у тимчасове користування громадянам України, які досягли 18-річного віку за наявності у них пас­порта.

Щоб одержати автомобіль, мотоцикл, моторолер, моторний човен або катер, обов'язково подається документ, який засвідчує право керування цими транспортними засобами.

Надання предметів прокату на пляжах, катках, лижних станціях, у парках та зонах відпочинку може здійснюватися під грошову заставу, розмір якої визначає наймодавець.

Відпочиваючим у санаторіях і будинках відпочинку пред­мети прокату надаються не більше як на термін перебування їх у цих закладах за пред'явленням паспорта і санаторно-ку­рортної книжки.

Особам, які проживають у готелях, предмети прокату на­даються на термін, що не перевищує часу перебування в го­телі, за пред'явленням паспорта.

Під час укладення договору прокату наймодавець зобов'я­заний надати наймачеві всю необхідну та достовірну інфор­мацію про предмет прокату, а також нормативні документи, якщо вони передбачені виготовлювачем, що містять правила та умови ефективного використання цього предмета.

Побутові машини, побутова радіоелектронна апаратура та інші предмети побутової техніки мають бути опломбовані. За збереження пломби відповідає наймач.

Наймодавець зобов'язаний надати наймачеві предмет прокату у придатному для експлуатації стані. Перевірка справності предмета, що надається, здійснюється у присут­ності наймача.

У разі виходу з ладу предмета прокату наймодавець зобо­в'язаний протягом трьох робочих днів з дня одержання заяви

Майновий найом (оренда)

***391***

від наймача усунути недоліки на місці, а в разі потреби вико­нати роботи в умовах стаціонарної майстерні, термін ремонту подовжується до 10 днів. За згодою наймача наймодавець може замінити несправний предмет іншим аналогічним пред­метом без додаткової оплати наймачем витрат, пов'язаних із цією заміною.

Наймач зобов'язаний використовувати предмет прокату за його призначенням, додержуватися правил експлуатації та утримання, не давати у заставу І не передавати його у піднайом.

Наймач зобов'язаний вносити плату за користування предметом прокату у терміни, передбачені договором. За кожний день прострочення терміну платежу наймач сплачує пеню, розмір якої визначається договором побутового прокату.

Після закінчення терміну прокату наймач зобов'язаний повернути предмет у стані, придатному для користування з урахуванням нормального зносу.

Перевірка справності предмета прокату, його зовнішнього вигляду та наявності пломб здійснюються наймодавцем у присутності наймача.

Наймач має право у будь-який час відмовитися від корис­тування предметом прокату і повернути його наймодавцеві. При цьому робиться перерахунок **за** фактичний час користу­вання предметом.

Вартість зіпсованого, розукомплектованого або доведено­го до непридатності предмета прокату наймач оплачує при його поверненні або розірванні договору побутового прокату. Якщо наймач не повернув предмет прокату, наймодавець має право стягнути з нього вартість цього предмета (з ураху­ванням зносу) і завдані наймодавцеві збитки у порядку, передбаченому чинним законодавством.

Як зазначається у п.16 постанови Пленуму Верховного Суду України "Про практику розгляду цивільних справ за позовами про захист прав споживачів" від 12 квітня 1996 р. № 5, визнаючи розмір збитків, заподіяних неповерненням (втратою, пошкодженням) майна, суди мають виходити з його роздрібної ціни у торговельних організаціях даної місцевості (з урахуванням зносу) або з оцінки, зробленої самим спожи­вачем чи погодженої сторонами при укладенні договору. Проте, якщо вартість майна, визначена у такому порядку, на

392 Глава 15

час вирішення спору не відповідає дійсній або її взагалі не було визначено, сторони не позбавлені можливості доводити у суді дійсну вартість неповернутого, втраченого чи пошкод­женого майна.

У випадках, передбачених договором або відповідним нор­мативним актом, розмір збитків визначається у кратному обчисленні. Відсоток зносу втраченого або приведеного у непридатність предмета договору встановлюється виходячи з періоду, на який розрахована його нормальна експлуатація, часу, протягом якого він фактично використовувався, та інших доказів щодо його якості.

В разі потреби для визначення вартості неповерненого (втраченого, пошкодженого) майна призначається експерти­за, яку можуть провести працівники відповідних експертних установ чи інші фахівці (ст. 57 ЦПК).

**§ 3. Правове регулювання оренди державного майна**

**Поняття договору оренди. Об'єкти оренди.** Передача майна державних підприємств та орга­нізацій в оренду фізичним та юридичним особам у сучасних умовах є одним із напрямів підвищення ефективності його використання.

Оренда дає можливість реалізувати як інтереси власника щодо отримання доходу з належних йому виробничих фондів, так і інтереси орендаря, який, не обтяжуючи себе щоразу придбанням необхідного обладнання, устаткування тощо у власність, має змогу ефективно використовувати найняте ним майно для здійснення своєї статутної діяльності.

Загальне поняття оренди сформульовано в ст. 2 Закону України "Про оренду державного та комунального майна" від 14 березня 1995 р., який є новою редакцією Закону України "Про оренду майна державних підприємств та організацій" від 10 квітня 1992 р. Відповідно до цієї статті *орендою* визнається засноване на договорі строкове платне користування май­ном, необхідним орендареві для здійснення підприємницької та іншої діяльності.

Майновий найом (оренда)

*З* наведеного визначення випливає, що:

1) орендні відносини мають виключно договірний характер і не можуть виникати на підставі планових завдань або інших адміністративних актів;

2) оренда передбачає передачу майна у *користування* (без надання права орендареві розпоряджатися орендованим майном, у тому числі вносити це майно до статутних фондів господарських товариств, як це іноді трапляється );

3) таке користування є платним, що забезпечується вне­сенням орендарем орендодавцеві орендної плати у визна­чених розмірах;

4) оренда передбачає передачу майна у строкове (тимча­сове) користування. По закінченні строку, на який було укла­дено договір оренди, цей договір припиняється.

Майно, що передається в оренду, може використовуватися орендарем для здійснення як підприємницької (виробництво продукції, виконання робіт, надання послуг, заняття торгів­лею), так і іншої (задоволення лікувально-оздоровчих, про­світницьких, культурно-спортивних потреб тощо) діяльності.

Законодавство про оренду є одним з правових інститутів господарського законодавства України. Відносини щодо оренди державного майна регулюються, в першу чергу, За­коном України "Про оренду державного та комунального майна", особливість якого полягає в тому, що він регулює дві групи відносин:

*організаційні відносини,* пов'язані з передачею в оренду майна державних підприємств, їх структурних підрозділів, а також комунального майна;

*майнові відносини* між орендодавцями та орендарями щодо господарського використання державного та комуналь­ного майна.

Зазначений закон, незважаючи на його назву, має універ­сальний характер, оскільки його положеннями (якщо інше не передбачено законодавством та договором оренди) може регулюватися оренда майна інших форм власності (комуналь­ної, приватної).

Важливе значення для регулювання орендних відносин мають інші акти законодавства України, зокрема Цивільний кодекс (глава 25 "Майновий найом"), декрети Кабінету Міністрів України "Про укладення договорів оренди примі­щень підприємствами й організаціями торгівлі, громадського

***394***

***Глава 15***

харчування та сфери послуг" від 29 грудня 1992 р. № 17-92 та "Про впорядкування використання адміністративних будинків і нежитлових приміщень, що перебувають у держав­ній власності" від 11 січня 1993 р. № 5-93, постанова Кабінету Міністрів України "Про затвердження Методики оцінки вар­тості об'єктів оренди, Порядку викупу орендарем оборотних матеріальних засобів та Порядку надання в кредит оренда­реві коштів та цінних паперів від 10 серпня 1995 р. № 629, Типовий договір оренди державного майна, затверджений на­казом Фонду державного майна України від 19 квітня 1996 р. № 457, а також ряд інших нормативних актів.

Закон "Про оренду державного та комунального майна" визначає, яке саме майно може бути об'єктом оренди. В першу чергу об'єктами оренди за цим законом є *цілісні май­нові комплекси* підприємств, їх структурних підрозділів (філій, цехів, дільниць). Під цілісним майновим комплексом закон (п. 1 ст. 4) розуміє господарський об'єкт із завершеним циклом виробництва продукції (робіт, послуг), з наданою йому земельною ділянкою, на якій він розміщений, автономними інженерними комунікаціями та системою енергопостачання.

Оскільки майно підприємства, крім основних фондів, ста­новлять також оборотні засоби та інші цінності, законодавст­вом встановлений спеціальний порядок передачі їх оренда­реві. Так, кошти та цінні папери з урахуванням дебіторської та кредиторської заборгованості орендодавець надає орен­дареві на умовах кредиту за ставкою рефінансування Націо­нального банку України. Кошти та цінні папери надаються орендареві у кредит на підставі кредитного договору, який ук­ладається одночасно з договором оренди. Строк надання кредиту не повинен перевищувати строку дії договору оренди. У разі розірвання кредитного договору, закінчення строку його дії **або** припинення договору оренди орендар зобов'яза­ний повернути орендодавцеві надані йому кошти та цінні папери.

Інші оборотні матеріальні засоби (тобто не кошти і не цінні папери) орендар викуповує згідно з договором купівлі-прода­жу, який укладається одночасно з договором оренди. Плату за придбані оборотні матеріальні засоби орендар вносить протягом ЗО календарних днів з моменту укладення договору. Створеному членами трудового колективу господарському товариству орендодавець може продати оборотні матеріали.

395

засоби у кредит за умови оплати ним не менше як ЗО відсотків їхньої вартості. При цьому термін оплати оборотних мате­ріальних засобів не повинен перевищувати одного року з дати укладення договору купівлі-продажу. Розміри чергових внесків та строки їх сплати визначаються у договорі купівлі-продажу.

Об'єктами оренди за Законом України "Про оренду дер­жавного та комунального майна" можуть також бути *нерухо­ме майно* (будівлі, споруди, приміщення) та *інше окреме індивідуально-визначене майно* (машини, устаткування та інші облікові одиниці основних засобів, нематеріальні активи, малоцінні та швидко-зношувані предмети, виробничі запаси, незавершене будівництво, готова продукція, незавершене капітальне будівництво та інші цінності, що виділяються у самостійний об'єкт оренди).

Разом з тим не можуть бути об'єктами оренди цілісні май­нові комплекси державних підприємств, їх структурних під­розділів (філій, цехів, дільниць), що здійснюють діяльність, передбачену ч. 1 ст. 4 Закону України "Про підприємництво". Це діяльність, пов'язана з виготовленням і реалізацією нар­котичних засобів, військової зброї та боєприпасів до неї, вибухових речовин, охороною об'єктів державної власності, а також проведенням ломбардних операцій.

Законодавчими актами України може бути доповнено перелік державних підприємств, майнові комплекси яких не можуть бути об'єктами оренди. Так, згідно з Декретом Кабі­нету Міністрів України "Про перелік майнових комплексів державних підприємств, організацій, їх структурних підрозді­лів основного виробництва, приватизація або передача в оренду яких не допускається" від 31 грудня 1992 р. № 26-92 не допускається, зокрема, передача в оренду радіотелевізій­них передавальних центрів та об'єктів, що становлять загаль­нодержавну систему зв'язку; магістральних ліній електропе­редач, магістральних трубопроводів; магістральних заліз­ниць, автомобільних шляхів державного значення, метро­політенів; гідро- і атомних електростанцій; протирадіаційних споруд тощо. Декретом також встановлено, що передача в оренду майнових комплексів чи відокремленого майна, які забезпечують діяльність Верховної Ради України, Адміні­страції Президента України, Кабінету Міністрів України може проводитися тільки з дозволу зазначених органів.

**396 *Глава 15***

**Сторони у договорі оренди.** Суб'єктами оренди (сторо­нами у договорі оренди) є *орендодавці та орендарі.*

Орендодавцями (тобто органами та організаціями, що передають майно в оренду) є:

Фонд державного майна України, його регіональні відді­лення та представництва— щодо цілісних майнових комплек­сів підприємств, їх структурних підрозділів та нерухомого майна, що є державною власністю;

органи, уповноважені Верховною Радою Автономної Рес­публіки Крим та місцевими радами народних депутатів управ­ляти майном, — щодо майна, яке перебуває відповідно у власності Автономної Республіки Крим або у комунальній власності;

підприємства — щодо окремого індивідуально-визна-ченого майна, а з дозволу зазначених вище орендодавців — також щодо цілісних майнових комплексів, їх структурних підрозділів (філій, цехів, дільниць) і нерухомого майна.

Орендарями (тобто юридичними і фізичними особами, яким майно передається в оренду) згідно з Законом України "Про оренду державного та комунального майна" можуть бути господарські товариства, створені членами трудового колективу підприємства, його структурного підрозділу, інші юридичні особи та громадяни України, фізичні та юридичні особи іноземних держав, міжнародні організації та особи без громадянства.

При цьому фізична особа, яка бажає укласти договір орен­ди державного майна, до його укладення зобов'язана за­реєструватися як суб'єкт підприємницької діяльності.

Особливістю цього закону є те, що він не передбачає ство­рення організації орендарів як майбутнього орендодавця. Після прийняття рішення про оренду цілісного майнового комплексу члени трудового колективу підприємства, його структурного підрозділу засновують відповідно до чинного за­конодавства господарське товариство.

Рішення трудового колективу про оренду цілісного майно­вого комплексу вважається прийнятим, якщо за нього прого­лосувало більше половини членів трудового колективу.

До реєстрації у встановленому порядку господарського товариства кожен член трудового колективу підприємства або його структурного підрозділу, цілісний майновий комп­

***Майновий найом (оренда) 397***

лекс якого передається в оренду, має право вступити у за­значене господарське товариство на підставі особистої заяви.

Створене членами трудового колективу господарське товариство має переважне перед іншими фізичними та юри­дичними особами право на укладення договору оренди майна того підприємства, структурного підрозділу, де створене це товариство.

**Порядок укладення договору оренди.** Закон України "Про оренду державного та комунального майна" досить де­тально регламентує процедуру укладення договору оренди майна.

Фізичні та юридичні особи, які бажають укласти договір оренди майна підприємств, направляють заяву, проект дого­вору оренди та інші документи згідно з Переліком документів, необхідних для укладення договору оренди майна цілісного майнового комплексу державного підприємства (структурно­го підрозділу), затвердженим наказом Фонду державного майна України від 19 квітня 1996 р., відповідному орендодавцеві.

Зазначений Перепік включає, зокрема, такі документи:

заяву на ім'я керівника органу, уповноваженого законодав­цем виступати орендодавцем державного майна, про намір взяти в оренду майно; витяг з протоколу загальних зборів працівників підприємства про рішення взяти в оренду май­новий комплекс підприємства; наказ орендодавця про інвен­таризацію майна державного підприємства, що передається в оренду, та призначення інвентаризаційної комісії; витяг з протоколу загальних зборів працівників підприємства про рішення щодо створення господарського товариства та за­твердження його статуту; чинний статут державного підприємства та баланс господарської діяльності з формами річної звітності; статут господарського товариства, створено­го працівниками підприємства, майно якого передається в оренду; протокол засідання інвентаризаційної комісії та пере­даточний баланс; акт оцінки майна, що передається в оренду;

розрахунок орендної плати; висновки органу Антимонополь-ного комітету щодо можливості оренди та умов договору оренди; відомості про орендаря та об'єкт оренди; лист органу, уповноваженого управляти державним майном, про пого­дження умов договору оренди.

У разі оренди цілісного майнового комплексу орендода­вець у п'ятиденний термін після дати реєстрації одержаної

Глава 15

заяви надсилає копії проекту договору та інших матеріалів до органу, уповноваженого управляти відповідним майном для дачі висновків щодо можливості оренди та умов договору оренди.

У тих випадках, якщо:

підприємство, його структурний підрозділ, щодо цілісного майнового комплексу якого надійшла заява про оренду, або ініціатор укладення договору оренди згідно з законодавством займають монопольне становище на ринку;

внаслідок укладення договору оренди підприємець або група підприємців можуть зайняти монопольне становище на ринку;

сумарна вартість активів або сумарний обсяг реалізації товарів (робіт, послуг), що належать об'єкту оренди та ініціаторові укладення договору оренди, перевищують показ­ники, визначені законодавством, копії проекту договору оренди та інших отриманих документів орендодавець надси­лає також до органу Антимонопольного комітету України.

Орган, уповноважений управляти відповідним майном, орган Антимонопольного комітету України розглядають надіслані орендодавцем копії документів і протягом 15 днів надсилають орендодавцеві висновки щодо можливості оренди та умов договору оренди. Якщо орендодавець не одержав висновків у встановлений термін, укладення договору оренди вважається із зазначеними органами погодженим.

Орендодавець протягом 5 днів після закінчення терміну погодження умов договору оренди дає згоду або відмовляє в укладенні договору оренди майна, про що повідомляє заявника та орган, уповноважений управляти майном, та орган Антимонопольного комітету України.

Простішим є порядок укладення договору оренди нерухо­мого та іншого окремого індивідуально-визначеного майна. Заява про оренду цього майна не потребує узгодження з органом, уповноваженим управляти майном, та органом Антимонопольного комітету України, тому у таких випадках орендодавець повинен протягом 15 днів після дати реєстрації заяви дати згоду або відмовити в укладенні договору оренди і повідомити про це заявника.

Закон України "Про оренду державного та комунального майна" містить приблизний перелік підстав *відмови у передачі в оренду об'єктів.* Це, зокрема:

Майновий найом (оренда) 399

*—* прийняття рішення компетентним органом про прива­тизацію цих об'єктів;

— включенння об'єкта до переліку підприємств, що потре­бують залучення іноземних інвестицій згідно з рішенням Ка­бінету Міністрів України чи місцевих органів влади;

— відсутність згоди органу Антимонопольного комітету України на оренду;

— відсутність згоди органу, уповноваженого управляти відповідним майном, на виділення структурного підрозділу;

— інші підстави, передбачені законами та постановами Верховної Ради України.

Надаючи пріоритетне право на укладення договору оренди створеному трудовим колективом підприємства господарсь­кому товариству, законодавство передбачає, цю укладення договору оренди з іншими фізичними та юридичними особами можливе лише за умови відсутності заяви господарського товариства протягом 20 днів з дня направлення їм повідомлення про намір орендувати цілісний майновий ком­плекс підприємства, структурного підрозділу.

У разі відмови в укладенні договору оренди, а також не­одержання відповіді у встановлений термін заінтересовані особи мають право звернутися за захистом своїх інтересів до суду чи арбітражного суду (дана норма потребує зміни, оскільки сьогодні спори за участю громадян-підприємців також розглядають арбітражні суди).

**Умови договору оренди.** Надаючи важливого значення змістові договору оренди майна, законодавець спеціально визначив істотні умови договору, тобто ті, що мають юри­дичне значення, впливають на формування і суть правовідно­син, що випливають з даного договору. У разі недосягнення сторонами домовленності хоч би з однієї істотної умови дого­вору, такий договір не вважається укладеним.

Відповідно до ст. 10 Закону України "Про оренду держав­ного та комунального майна" істотними умовами договору оренди є:

*об'єкт оренди* (склад і вартість майна з урахуванням її індексації). Оцінку об'єкта оренди здійснюють за Методикою оцінки вартості об'єктів оренди, затвердженою постановою Кабінету Міністрів України від 10 серпня 1995 р. Зазначена Методика передбачає особливості оцінки вартості цілісного майнового комплексу (при цьому обов'язковим є проведення

400 Глава 15

повної інвентаризації відповідно до Положення про інвен­таризацію майна державних підприємств, що приватизують­ся, а також майна державних підприємств та організацій, яке передається в оренду, затвердженого постановою Кабінету Міністрів України від 2 березня 1993 р. № 158), оцінки вар­тості будівель, споруд, приміщень, яка проводиться експертним шляхом відповідно до Порядку проведення експертної оцінки при передачі в оренду державного майна, затвердженого Фондом державного майна України, та оцінки вартості іншого окремого індивідуально-визначеного майна, яка проводиться з урахуванням вимог розділу IV Методики оцінки вартості об'єктів приватизації, затвердженої постано­вою Кабінету Міністрів України від 18 січня 1995 р. № 36;

*термін,* на який укладається договір оренди, визначається за погодженням сторін. У разі відсутності заяви однієї із сторін про припинення або зміну договору по закінченні його строку він вважається продовженим на той самий термін і на тих самих умовах, які були передбачені договором. По закін­ченні терміну договору оренди орендар, який належним чином виконував свої обов'язки, має переважне право, за інших рівних умов, на продовження договору оренди на новий термін;

*орендна плата з* урахуванням її індексації є платежем, який вносить орендар орендодавцеві незалежно від наслідків гос­подарської діяльності, але не більше як 5 відсотків від вартості орендованого майна. Методику розрахунку, граничні розміри та порядок використання орендної плати встановлює Кабінет Міністрів України, органи, уповноважені Верховною Радою Автономної Республіки Крим, або органи місцевого самовря­дування. Строки внесення орендної плати визначаються у договорі.

Орендну плату вносять, як правило, у грошовій формі. За­лежно від специфіки виробничої діяльності орендаря її за зго­дою сторін можна встановити у натуральній або грошово-натуральній формі.

Розмір орендної плати може бути змінено за погодженням сторін, а також на вимогу однієї із сторін у разі зміни цін і тарифів та в інших випадках, передбачених законодавчими актами України.

Орендар має право вимагати відповідного зменшення орендної плати, якщо з незалежних від нього обставин змі-

**Майновий *найом (оренда) 401***

нилися умови господарювання, передбачені договором, або істотно погіршився стан об'єкта оренди.

**Порядок використання амортизаційних відрахувань.** Амортизаційні відрахування на орендоване майно залиша­ються у розпорядженні орендаря і використовуються на відновлення орендованих основних фондів. Право власності на майно, придбане орендарем за рахунок амортизаційних відрахувань, належить власникові орендованого майна, якщо інше не передбачено договором оренди.

**Відновлення орендованого майна та умови його повер­нення.** У разі розірвання договору оренди, закінчення строку його дії та відмови від його продовження або банкрутства орендаря він зобов'язаний повернути орендодавцеві об'єкт оренди на умовах, зазначених у договорі оренди. Якщо орен­дар допустив погіршення стану орендованого майна або його загибель, він повинен відшкодувати орендодавцеві збитки, якщо не доведе, що погіршення або загибель майна сталися не з його вини.

Орендар має право залишити за собою проведені ним поліпшення орендованого майна, здійснені за власні кошти, якщо вони можуть бути відокремлені від майна без заподіян­ня йому шкоди.

Якщо орендар за власні кошти здійснив за згодою орендо­давця поліпшення орендованого майна, які неможливо відокремити від майна без заподіяння йому шкоди, орендода­вець зобов'язаний компенсувати йому зазначені кошти, якщо інше не визначено договором оренди.

Вартість поліпшень орендованого майна, зроблених орен­дарем без згоди орендодавця, які не можна відокремити без шкоди для майна, компенсації не підлягає.

Виконання зобов'язань за договором оренди має здійсню­ватись відповідно до загальних вимог, встановлених ЦК України щодо виконання договорів.

*Орендодавець зобов 'язаний:*

передати об'єкт оренди орендареві у строки і на умовах, визначених у договорі оренди. У разі порушення цього зобо­в'язання орендар має право вимагати від орендодавця пере­дачі об'єкта та відшкодування збитків, завданих затриманням передачі, або відмовитися від договору і вимагати відшко­дування збитків, завданих йому невиконанням договору оренди;

***402 Глава 15***

проводити за свій рахунок капітальний ремонт зданого в оренду майна, якщо інше не передбачено законом або дого­вором.

За договором оренди, *орендаря може бути зобов'язано* використовувати об'єкт оренди за цільовим призначенням відповідно до профілю виробничої діяльності підприємства, майно якого передано в оренду, та виробляти продукцію в обсягах, необхідних для задоволення потреб регіону. Орен­дар також зобов'язаний:

використовувати та зберігати орендоване майно відпо­відно до умов договору, запобігати його пошкодженню, псуванню;

вносити орендну плату своєчасно і в повному обсязі.

Договором оренди можуть бути встановлені й інші обов'яз­ки сторін:

*відповідальність сторін* за невиконання обов'язків за дого­вором оренди, в тому числі за зміну або розірвання договору в односторонньому порядку, встановлена законодавчими актами України, а також конкретними укладеними догово­рами оренди;

*страхування орендарем узятого ним в оренду майна, що* здійснюється відповідно до законодавства України про стра­хування.

За згодою сторін у договорі оренди можуть бути передба­чені й інші умови.

Умови договору оренди є чинними на весь строк дії дого­вору, навіть якщо після його укладення законодавством вста­новлено правила, які погіршують становище орендаря.

**§ 4. Питання правового регулювання лізингу**

*Лізинг* (від англійського Іеазе — оренда), як одна з прогресивних форм забезпечення товаровиробників засобами виробництва, є порівняно новим видом зобов'я­зань для нашої господарської системи. Як різновид оренди, лізингові операції почали інтенсивно розвиватися в ряді країн (США, Японія, країни Західної Європи) в період після другої світової війни. Сьогодні вони стали невід'ємною частиною

Майновий найом (оренда) 403

економіки у більшості промислове розвинутих країн та ба­гатьох країнах, що розвиваються.

Однією з причин повільного запровадження лізингу в нашій державі є відсутність правових норм, покликаних регулювати ці суспільні відносини. Щоправда, у ст. З Закону України "Про банки і банківську діяльність" від 20 березня 1991 р. зазна­чається, що банки можуть виконувати, зокрема, таку банків­ську операцію, як придбання за власні кошти засобів вироб­ництва для передачі їх в оренду (лізинг).

Деякі основні положення щодо регулювання лізингу є в нормах Цивільного кодексу України, що регулюють відносини майнового найму (статті 256—272) та у Законі України "Про оренду державного та комунального майна" від 14 березня 1995 р. Проте зазначені норми не враховують (отже і не вре­гульовують) особливостей проведення лізингових операцій у їх різновидах, вироблених господарською практикою економічно розвинутих держав.

Прогалини у правовому регулюванні лізингових операцій деякою мірою заповнив Закон України "Про оподаткування прибутку підприємств" від 28 грудня 1994 р. (в редакції від 22 травня 1997 р.), в якому подано визначення понять "лізин­гова (орендна) операція", "оперативний лізинг (оренда)", "фінансовий лізинг (оренда)" та "зворотний лізинг (оренда)".

Під *лізинговою операцією* цей закон розуміє господарську операцію фізичної чи юридичної особи (орендодавця), що передбачає надання основних фондів або землі у користуван­ня іншим фізичним чи юридичним особам (орендарям) під відсоток та на визначений строк.

Лізингові операції за цим законом здійснюються у вигляді оперативного лізингу, фінансового лізингу та зворотного лізингу.

*Оперативний лізинг —* це господарська операція фізичної чи юридичної особи (орендодавця), що передбачає передачу орендареві права користування основними фондами на строк, цю не перевищує строку їх повної амортизації, з обов'язковим поверненням таких основних фондів їх власни­ку після закінчення строку дії лізингової угоди. Основні фонди, передані в оперативний лізинг, залишаються у складі основ­них фондів орендодавця.

Оскільки при оперативному лізингу орендодавець не може амортизувати всі витрати за рахунок надходжень від одного

404 Глава 15

орендаря, в літературі цей вид лізингу називається ще лізингом з неповною окупністю (ЛНО).

*Фінансовий лізинг* (лізинг з повною окупністю) — це госпо­дарська операція фізичної чи юридичної особи, що передба­чає придбання орендодавцем на замовлення орендаря основних фондів з подальшою їх передачею у користування орендареві на строк, що не перевищує строку повної амор­тизації таких основних фондів, з обов'язковою передачею права власності на такі основні фонди орендареві.

Фінансовий лізинг є різновидом фінансового кредиту, тому іноді він ще має назву *інвестиційного лізингу.* Витрати орендодавця на купівлю об'єктів фінансового лізингу не включа­ються до складу валових витрат або до складу основних фондів такого орендодавця.

Основні фонди, передані у фінансовий лізинг, включаються до складу основних фондів орендаря.

В операціях фінансового лізингу на початкових стадіях бе­руть участь три суб'єкти:

• виробник або продавець устаткування, який, уклавши угоду купівлі-продажу або поставки, втрачає право вла­сності (право повного господарського відання) на це устаткування;

• орендодавець (лізингова компанія), який укладає договір купівлі-продажу (поставки) з виробником і стає власни­ком устаткування;

• орендар, який отримує майно у володіння та користуван­ня і здійснює орендні платежі.

Це традиційна і найпоширеніша з точки зору техніки її про­ведення лізингова операція, яку повністю фінансує орендо­давець, і тому її називають прямою лізинговою операцією *(прямим лізингом).* Разом з тим у комерційній практиці вико­ристовується *непрямий лізинг,* коли до кола суб'єктів, що бе­руть участь у такій операції, залучається банк, що фінансує угоду. При цьому можуть застосовуватися дві схеми здій­снення непрямих лізингових операцій. За першою банк надає лізинговій компанії кредит на придбання устаткування під за­ставу цього устаткування, а лізингова компанія, здавши устаткування в оренду, сплачує банкові кредит і відсотки за користування ним за рахунок отриманої від орендаря оренд­ної плати. За другою схемою банк сам купує устаткування (стає його власником), за допомогою лізингової компанії здає

Майновий найом (оренда) 405

його в оренду і отримує орендні платежі. Роль лізингової ком­панії зводиться до обслуговування цієї операції. При цьому можливе укладення договору про сумісну діяльність між бан­ком та лізинговою компанією.

Певний інтерес з точки зору перспектив застосування у господарській практиці України становить так званий *зво­ротний лізинг* (Іеаsе Ьаск) — господарська операція фізичної чи юридичної особи, що передбачає продаж основних фондів фінансовій організації (лізинговій компанії) з одночасним зво­ротним отриманням цих основних фондів такою фізичною чи юридичною особою в оперативний або фінансовий лізинг.

Видом лізингу, здатним задовольнити як підприємства-орендарі, так і лізингові компанії, уявляється *компенсаційний лізинг.* При цьому лізингу орендар поставляє орендодавцеві частину продукції, що виробляється на орендованому устат­куванні. Заміна орендних платежів у грошовій формі розра­хунками виробленою продукцією особливо приваблива при міжнародному лізингу для товаровиробників, що не мають ва­лютних коштів для розрахунків з іноземним орендодавцем або для придбання обладнання у інофірми-виробника. Та й для орендодавців України іноді вигідніше отримувати орендну плату готовою продукцією (товарами). До речі, законодавст­во України про оренду таку форму розрахунку допускає.

Незалежно від виду лізингових операцій, кількості їх учасників, організаційно-технічних та інших ознак загальним для них є певний вид зобов'язань, що виникають при здій­сненні лізингових операцій. Як вже зазначалося, ці зобов'я­зання випливають з договору майнового найму, і саме вони мають бути кістяком правового інституту лізингу. Тому пра­вові норми, що регулюють відносини лізингу, і вміщено окремим параграфом до глави 57 "Найм (оренда)" проекту ЦК України.

Проте проблема правового регулювання лізингу з ураху­ванням його особливостей, розглянутих вище, навряд чи може бути вирішена шляхом застосування лише норм ЦК України. Реалізація запропонованих змін до законодавства є лише першим кроком до створення належної правової бази лізингу, який не можна зводити до звичайного договору май­нового найму (його різновиду).

406 Глава 15

Лізингові операціїї являють собою певний комплекс орга­нізаційних, фінансових та майнових відносин, що вимагають відповідного їм комплексного нормативного регулювання.

В зв'язку з цим у літературі пропонувалося прийняти закон "Про лізинг", який би здійснював таке регулювання і визначав загальні економічні, організаційні та правові засади прове­дення лізингових операцій громадянами та юридичними осо­бами на території України1.

Такий Закон було прийнято 16 грудня 1997 р. В ньому лізинг визначається як підприємницька діяльність, спрямова­на на інвестування власних чи залучених фінансових коштів і полягає в наданні лізингодавцем у виключне користування на визначений строк лізингоодержувачу майна, що є власніс­тю лізингодавця або набувається ним у власність за доручен­ням і погодженням з лізингоодержувачем у відповідного про­давця майна, за умови сплати лізингоодержувачем пері­одичних лізингових платежів.

Об'єктом лізингу може бути будь-яке нерухоме і рухоме майно, яке може бути віднесене до основних фондів відповід­но до законодавства, в тому числі продукція, вироблена дер­жавними підприємствами (машини, устаткування, транспор­тні засоби, обчислювальна та інша техніка, системи комуніка­цій тощо), не заборонене до вільного обігу на ринку і щодо якого немає обмежень про передачу його в лізинг (оренду).

На відміну від податкового законодавства Закон України "Про лізинг" визначає його види залежно від строку та ступе­ня амортизації орендованого майна. Так, *фінансовим лізингом* є договір лізингу, в результаті укладення якого лізингоодержувач на своє замовлення отримує у платне користування від лізингодавця об'єкт лізингу на строк, не менший строку, за який амортизується 60 відсотків вартості об'єкта лізингу, визначеної на день укладення договору. Сума відшкодування вартості об'єкта лізингу в складі лізингових платежів за період дії договору фінансового лізингу повинна включати не менше 60 відсотків вартості об'єкта лізингу, визначеної на день укладення договору.

По закінченні строку договору фінансового лізингу об'єкт лізингу, переданий лізингоодержувачеві згідно з договором,

' Див.: Пипипенко А.Я., Щербина В.С. Господарське право: Курс лекцій. — К., 1996. — С. 188.

***Майновий найом (оренда) 407***

переходить у власність лізингоодержувача або викуповується ним за залишковою вартістю.

*Оперативний лізинг —* це договір лізингу, в результаті укладення якого лізингоодержувач на своє замовлення отримує у платне користування від лізингодавця об'єкт лізингу на строк, менший строку, за який амортизується 90 відсотків вартості об'єкта лізингу, визначеної на день укла­дення договору.

По закінченні строку договору оперативного лізингу він може бути продовжений або об'єкт лізингу підлягає повер­ненню лізингодавцеві і може бути повторно переданий у ко­ристування іншому лізингоодержувачеві за договором лізингу.

Договір лізингу укладається у письмовій формі або як ба­гатостороння угода за участю лізингодавця, лізингоодержу­вача та продавця об'єкта лізингу, або як двостороння угода між лізингодавцем і лізингоодержувачем. Закон дає широкий перелік істотних умов договору лізингу, до яких, зокрема, на­лежать:

• найменування сторін;

• об'єкт лізингу (склад і вартість майна), умови та строки його поставки;

• строк, на який укладається договір лізингу;

• розмір, склад та графік сплати лізингових платежів, умови їх перегляду;

• умови переоцінки вартості об'єкта лізингу згідно з зако­нодавством України;

• умови повернення об'єкта лізингу в разі банкрутства лізингоодержувача;

• умови страхування об'єкта лізингу;

• умови експлуатації та технічного обслуговування, модер­нізації об'єкта лізингу та надання інформації щодо його тех­нічного стану;

• умови реєстрації об'єкта лізингу;

• умови повернення об'єкта лізингу чи його викупу по за­кінченні договору;

• умови дострокового розірвання договору лізингу;

• умови надання відомостей про фінансовий стан лізинго­одержувача;

• відповідальність сторін;

• дата і місце укладення договору.

405 Глава 15

Окремі статті Закону присвячені правам та обов'язкам сторін договору лізингу.

Так, лізингодавець має право:

1) здійснювати за власний рахунок контроль за умовами експлуатації' та використанням об'єкта лізингу лізингоодер-жувачем згідно з умовами договору, вимогами та інструк­ціями продавця щодо експлуатації об'єкта лізингу;

2) вимагати повернення майна, переданого в лізинг, якщо лізингоодержувач не сплатив лізингові платежі протягом встановлених строків;

3) вимагати від лізингоодержувача відшкодування збитків, завданих внаслідок його дій або бездіяльності, відповідно до умов договору.

Водночас лізингодавець зобов'язаний:

1) передати належне йому на праві власності майно в ко­ристування лазингоодержувачеві або за дорученням лізинго­одержувача відповідно до його вибору та визначеної ним специфікації укласти договір купівлі-продажу майна з відпо­відним продавцем і передати майно в користування лізинго-одержувачеві;

2) не втручатися у вибір лізингоодержувачем продавця майна та у визначення специфікації об'єкта лізингу;

3) набуваючи майно для лізингоодержувача, повідомити продавця про те, що майно призначене для передачі в лізинг конкретній особі;

4) своєчасно та в повному обсязі виконувати взяті на себе зобов'язання перед лізингоодержувачем щодо утримання об'єкта лізингу (ремонт, технічне обслуговування тощо) від­повідно до умов договору;

5) прийняти об'єкт лізингу від лізингоодержувача по закін­ченні строку договору лізингу, якщо об'єкт не буде викуплене лізингоодержувачем.

Лізингоодержувач має право:

1) відмовитися від Прийняття об'єкта лізингу, який не від­повідає умовам договору, затримати належні лізингодавцев платежі до усунення ним виявленого порушення умов дого­вору за умови попереднього повідомлення лізингодавця;

2) вимагати від лізингодавця відшкодування збитків, зав­даних внаслідок його дій або бездіяльності при виконанні до­говору лізингу, відповідно до умов договору;

3) пред'являти продавцеві об'єкта лізингу всі права та ви-

***Майновий найом (оренда) 409***

моги, що випливають із договору купівлі-продажу цього май­на, зокрема щодо його якості та комплектності, строків пере­дачі, гарантійних ремонтів тощо. Лізингоодержувач зобов'язаний:

1) прийняти та належним чином користуватися об'єктом лізингу, утримувати його відповідно до погоджених сторонами умов договору, згідно з якими воно було передано, з ураху­ванням природного зносу та змін стану майна;

2) своєчасно та в повному обсязі за погодженим з лізинго-давцем графіком виплачувати лізингові платежі відповідно до умов договору;

3) у разі несплати лізингових платежів протягом двох чер­гових строків на вимогу лізингодавця повернути йому об'єкт лізингу;

4) у зазначені договором лізингу строки відповідно до його умов надавати лізингодавцеві відомості про технічний стан об'єкта лізингу та свій фінансовий стан, доступ до перевірки об'єкта лізингу та умов його експлуатації;

5) у разі, якщо він не реалізує своє право викупу об'єкта лізингу та не продовжить строк його використання після припинення дії договору, повернути об'єкт лізингу лізингодав­цеві у стані, зазначеному в договорі.

Як зазначалося, лізингоодержувач за користування об'єк­том лізингу зобов'язаний вносити періодичні лізингові плате­жі, до складу яких включаються:

• сума, яка відшкодовує при кожному платежі частину вар­тості об'єкта лізингу, що амортизується за строк, за який вноситься лізинговий платіж;

• сума, що сплачується лізингодавцеві як відсоток за залу­чений ним кредит для придбання майна за договором лізингу;

• платіж як винагорода лізингодавцю за отримане у лізинг майно;

• відшкодування страхових платежів за договором страху­вання об'єкта лізингу, якщо об'єкт застрахований лізинго-давцем;

• інші витрати лізингодавця, передбачені договором лізингу. Якщо об'єктом лізингу є державне майно або договір пайо­вого лізингу передбачає залучення державних коштів чи для забезпечення виконання лізингового договору надаються державні гаранти, договір лізингу підлягає обов'язковій реєстрації у встановленому порядку.

Глава 16. Найом жилого приміщення

**§ 1. Житловий фонд України та порядок надання жилих приміщень**

Відповідно до ст. 47 Конституції України кожен має право на житло. Одним з найважливіших видів ци­вільних правовідносин, спрямованих на задоволення потреб громадян у житлі, є житлові зобов'язання, що випливають з договору найму жилого приміщення, з членства в житлово-будівельному чи житловому кооперативах, з деяких інших угод.

Згідно із ст. 4 Житлового кодексу України жилі будинки та жилі приміщення в інших будівлях становлять житловий фонд, який складається з державного житлового фонду, громад­ського житлового фонду, фонду житлово-будівельних коопе­ративів та приватного житлового фонду. Жилі будинки та жилі приміщення призначаються для постійного проживання гро­мадян і не можуть використовуватися для потреб промисло­вого характеру. /

Державний житловий фонд перебуває у віданні місцевих рад народних депутатів і віданні міністерств, державних комітетів та відомств (відомчий житловий фонд).

У цій главі розглянемо порядок надання жилих приміщень та зобов'язання, що виникають у зв'язку з наданням грома­дянам житла у будинках державного і громадського житлово­го фонду. Згідно з главою І розділу III Житлового кодексу України жилі приміщення надаються громадянам, що потре-

***411***

Найом жилого приміщення

бують поліпшення житлових умов і постійно проживають у да­ному населеному пункті.

Облік громадян, які потребують поліпшення житлових умов, ведуть, як правило, за місцем їх проживання органи державної адміністрації або виконкоми районних (міських) рад народних депутатів. Потреба у житлі визначається певними критеріями, що передбачені у ст. 34 Житлового ко­дексу України:

• забезпечення житловою площею нижче рівня, який визначається виконавчими комітетами обласних. Київ­ської та Севастопольської міських рад народних депута­тів спільно з радами профспілок;

• проживання у приміщенні, яке не відповідає встановле­ним санітарним і технічним вимогам;

• тяжкі форми деяких хронічних захворювань, у зв'язку з чим хворий не може проживати в комунальній квартирі чи в одній кімнаті з членами своєї сім'ї;

• проживання у гуртожитках;

• проживання в одній кімнаті двох і більше сімей незалежно від родинних відносин чи осіб різної статі старших за 9 років, крім подружжя, тощо.

Громадянам, які перебувають на квартирному обліку, жилі приміщення надаються у порядку загальної черги, крім осіб, цю мають право на першочергове одержання жилих примі­щень. До таких громадян належать: інваліди Великої Вітчиз­няної війни, Герої Радянського Союзу, Герої Соціалістичної Праці, особи, нагороджені орденами Слави, Трудової Слави, "За службу Батьківщині в Збройних Силах СРСР" усіх трьох ступенів, інваліди 1 та 2-ї груп з числа військовослужбовців, інваліди праці 1 та 2-ї груп та інші особи (ст. 45 Житлового кодексу).

Крім того, жилі приміщення можуть надаватися позачергово:

• громадянам, чиє житло стало непридатним для прожи­вання у зв'язку зі стихійним лихом;

• громадянам, направленим у порядку розподілу на роботу в іншу місцевість;

• особам, реабілітованим внаслідок незаконного засудження;

• особам, обраним на виборну посаду, якщо це пов'язано з переїздом в іншу місцевість, та в деяких Інших випадках (ст. 46 Житлового кодексу).

412 Глава 15

Заяви громадян про взяття на квартирний облік розгляда­ються житловими комісіями органів державної адміністрації чи місцевих рад народних депутатів; спори про відмову у взятті на облік судам не підвідомчі, їх розглядають тільки в адміністративному порядку.

Жилі приміщення у будинках місцевих рад народних депу­татів надаються на підставі рішення органів державної адмі­ністрації або місцевої ради з участю представників гро­мадських організацій. Але рішення про надання житлової площі ще не тягне за собою права на її зайняття. Вселення громадян на надану їм за рішенням вказаних органів житлову площу проводиться тільки за ордерами, які видає виконком на підставі цього рішення.

Ордер— це адміністративний акт (письмове розпоряджен­ня, наказ) виконкому місцевої ради народних депутатів на вселення громадянина (та його сім''?) у зазначене в ньому жиле приміщення. З одного боку, ордер породжує адміністра­тивно-правові відносини між виконкомом та житлово-експлуатаційною організацією, куди він передається, а з дру­гого — цивільно-правові відносини між громадянином та за­значеною організацією, що зобов'язана укласти договір найму жилого приміщення з цим громадянином.

Спори про видачу ордера судам не підвідомчі, але у тих випадках, коли жиле приміщення надається з цивільно-пра­вових підстав, зокрема при приєднанні жилого приміщення, що звільнилось у квартирі, іншому наймачу (ст. 54 Житлового кодексу), при виселенні з наданням іншого жилого приміщен­ня (ст. 109 Житлового кодексу) тощо, громадяни мають право по суду вимагати видачі ордера.

Ордер може бути виданий лише на вільне жиле приміщення.

**§ 2. Поняття, зміст та предмет договору найму жилого приміщення**

За договором найму жилого приміщення одна сторона (наймодавець) зобов'язана надати іншій стороні (наймачеві) за плату жиле приміщення для проживання в ньому.

Найом жилого приміщення 413

Договір найму жилого приміщення є двостороннім та сплатним і має багато спільного з договором майнового найму, проте у системі договорів займає самостійне місце. Це зумовлено тим, що договір найму жилого приміщення спрямований на забезпечення постійної потреби громадян у житлі та правильного використання для цього житлового фонду.

Договір найму жилого приміщення укладається в письмо­вій формі, хоч недодержання цієї форми не тягне за собою недійсність договору, який укладається на невизначений строк, оскільки у ч. 2 ст.9 Житлового кодексу України перед­бачено, що жилі приміщення надаються громадянам у безст­рокове користування.

Від імені наймодавця стороною у договорі найму жилого приміщення виступає житлово-експлуатаційна організація, а інтереси всіх включених до ордера членів сім'ї наймача пред­ставляє особа, на ім'я якої видано ордер і яка укладає договір найму.

Договір найму жилого приміщення укладається на підставі Типового договору, в якому зазначено, хто є сторонами в до­говорі, характеристику предмета договору, права, обов'язки та відповідальність сторін за договором.

Згідно з Типовим договором найму жилого приміщення у будинках державного та громадського житлового фонду в Україні (затверджений постановою Ради Міністрів УРСР від 11 серпня 1988 р.) наймодавець зобов'язаний забезпечити належне утримання жилого будинку та прилеглої до нього території, своєчасно проводити ремонт жилого будинку, за­безпечити роботу його технічного обладнання, на час капі­тального ремонту надавати наймачеві та членам його сім'ї інше жиле приміщення тощо.

Права та обов'язки сторін регламентують також Правила користування приміщеннями житлових будинків і прибудин-ковими територіями, затверджені постановою Кабінету Міністрів України від 8 жовтня 1992 р. № 372.

Наймач зобов'язаний виконувати правила користування жилими приміщеннями, своєчасно сплачувати квартирну плату, додержуватися правил пожежної безпеки, своєчасно проводити поточний ремонт тощо.

У Типовому договорі та Правилах передбачено також права сторін, зміст яких досить детально викладено нижче.

***414 Глава 15***

Згідно з ч. 4 ст. 61 Житлового кодексу України умови до­говору найму жилого приміщення, що обмежують права на­ймача та членів його сім'ї', порівняно з умовами, передбаче­ними Житловим кодексом, Типовим договором найму жилого приміщення та іншими законодавчими актами, є недійсними. Так, наприклад, якщо у договорі буде обумовлено строк його дії, неможливість проведення обміну тощо, то ці умови є недійсними і при розгляді спору не беруться до уваги.

Предметом договору найму жилого приміщення у будинках державного житлового фонду може бути лише приміщення, що відповідає вимогам статей 50 і 63 Житлового кодексу, тобто це перш за все може бути окрема квартира, Інше окре­ме ізольоване жиле приміщення, що складається з однією чи кількох кімнат, а також одноквартирний жилий будинок.

Предметом договору найму жилого приміщення має бути жиле приміщення, призначене для проживання в ньому, яке впорядковане відповідно до умов даного населеного пункту і відповідає встановленим санітарним та технічним вимогам.

У частині 2 ст. 63 Житлового кодексу зазначено, що не може бути самостійним предметом договору найму жиле приміщення, яке хоч і є ізольованим, але за розміром воно менше встановленого для надання одній особі, частина кімнати чи кімната, що має з іншою спільний хід, а також підсобні приміщення (кухня, коридор тощо).

Розміри жилих приміщень, цю надаються в Україні, перед­бачені ст. 47 Житлового кодексу і не повинні перевищувати 13,65 кв. м на одну особу, але не можуть бути менше рівня середньої забезпеченості громадян у даному населеному пункті.

**§ *3.* Права та обов'язки наймача та членів його сім'ї на користування жилим приміщенням**

У частині 1 ст. 64 Житлового кодексу передбачено, що члени сім'ї наймача, які проживають разом з ним, користуються усіма правами І несуть усі обов'язки нарівні з наймачем. Отже, наймач, на ім'я якого виданий ордер і з яким укладено договір найму жилого приміщення, не

Найом жилого приміщення 415

користується ніякими перевагами перед членами його сім'ї, а є лише представником сім'ї перед наймодавцем. Повнолітні члени сім'ї наймача несуть солідарну з ним відповідальність за зобов'язаннями, що випливають з договору.

У частині 2 ст. 4 Житлового кодексу визначено, **хто** може належати до членів сім'ї наймача. Передусім це дружина най­мача, їхні діти та батьки.

Дружиною наймача є особа, з якою наймач перебуває в зареєстрованому шлюбі (термін "дружина" означає не тільки жінку, а й чоловіка), права та обов'язки дружини наймача ви­никають одночасно з наймачем у разі внесення до ордера Ті прізвища та спільного вселення у жиле приміщення. Дружи­ною наймача є також особа, яка вселилася у найняте приміщення після реєстрації шлюбу з наймачем для створен­ня сім'ї і постійного проживання у найнятому жилому приміщенні.

Неповнолітні діти наймача та його дружини завжди нале­жать до членів сім'ї наймача, оскільки за ст. 17 ЦК України місцем проживання неповнолітіх дітей є місце проживання їхніх батьків, а повнолітні діти та батьки наймача і його дружини є членами сім'ї наймача лише в тому разі, якщо вони проживають разом з наймачем.

Поняття члена сім’ї за сімейним законодавством не можна ототожнювати з поняттям члена сім'ї наймача за житловим законодавством. Так, до членів сім'ї за сімейним законодав­ством належать особи, пов'язані між собою шлюбом та спо­рідненістю, а до членів сім'ї наймача ці особи належать лише тоді, коли вони проживають разом з наймачем. Якщо, на­приклад, подружжя проживає в одному жилому приміщенні і чоловік — наймач цього приміщення, то його дружина є не тільки членом сім'ї цієї особи, а й членом сім'ї наймача. А в тому разі, коли дружина цієї особи живе окремо і має самостійне право на інше жиле приміщення, то вона, хоч і є членом сім'ї свого чоловіка, проте не є членом сім'ї наймача. Подібне правило застосовується і до повнолітніх дітей найма­ча, які живуть окремо від батьків, та до батьків наймача і його

дружини.

Членами сім'ї наймача можуть бути визнані й інші особи, якщо вони постійно проживають разом з наймачем та ведуть з ним спільне господарство. До таких осіб належать не тільки родичі наймача та його дружини, а й особа, з якою наймач

416 Глава 16

фактично перебуває у шлюбних відносинах, опікуни, утри­манці наймача тощо. Зазначені особи можуть бути віднесені до членів сім'ї наймача за умови, якщо вони не тільки обов'яз­ково проживать разом з наймачем, а й ведуть з ним спільне господарство, наявність родинних зв'язків при цьому не обов'язкова.

Згідно з ч. З ст. 64 Житлового кодексу особи, які перестали бути членами сім'ї наймача (наприклад, у зв'язку з розірван­ням шлюбу між наймачем та його дружиною), але продовжу­ють проживати в одному з ним жилому приміщенні, мають такі самі права та обов'язки, як наймач і члени його сім'ї.

Серед багатьох прав наймача одним з найважливіших є право на вселення у найняте ним жиле приміщення інших осіб. Згідно із ст. 65 Житлового кодексу наймач має право у встановленому порядку за письмовою згодою усіх членів сім'ї, що проживають разом з ним, вселити в найняте ним приміщення свою дружину, дітей, батьків та інших осіб. На вселення до батьків їхніх неповнолітніх дітей зазначеної згоди не потрібно.

Тривалий час в адміністративній, судовій практиці та юри­дичній літературі дискутувалося питання, що слід розуміти під додержанням встановленого порядку вселення. Нині це пит­ання дістало роз'яснення у п. 9 постанови Пленуму Верхов­ного Суду України "Про деякі питання, що виникають у прак­тиці застосування судами Житлового кодексу" від 12 квітня 1985 р. № 2 та у п. 15 постанови Пленуму Верховного Суду України "Про застосування Конституції України при здій­сненні правосуддя" від 1 листопада 1996 р. № 9. Під вселен­ням у встановленому порядку спід розуміти, зокрема, вселен­ня в жиле приміщення з додержанням правил про прописку, але у тих випадках, коли у прописці було необгрунтоване відмовлено, суд може визнати право на жиле приміщення за особою, що вселилася.

Проте трапляються непоодинокі випадки, коли особа (наприклад, у зв'язку з реєстрацією шлюбу чи перебуванням у фактично шлюбних відносинах) переселяється до наймача і без прописки тривалий час проживає разом з ним, внаслідок чого вона може бути визнана такою, що втратила право на жилу площу, яку займала раніше. За пропискою цієї особи на­ймач не звертався, але в разі виникнення спору з приводу користування житлом треба зважати не лише на наявність

Найом жилого приміщення

***417***

прописки (яка є адміністративним актом і не завжди свідчить про право особи на житло), а й на підстави, на основі яких особа вселилася у найняте наймачем жиле Приміщення і чи мала намір постійно проживати в ньому.

Яскравим прикладом того, що прописка далеко не завжди збігається з правом на жиле приміщення, є справа, що її роз­глянув Ленінградський районний суд м. Києва у 1995 р.

Громадянка Н. із сім'єю з 3 осіб (вона, чоловік та їхня дитина) прибули у 1993 р. до Києва з Росії. У Києві у трикім­натній квартирі з сім'єю з 4 осіб мешкала мати громадянки Н. Бажаючи придбати у Києві квартиру та вирішити деякі інші питання своєї сім'ї, Н. звернулася з проханням до матері про­писати її сім'ю у цьому жилому приміщенні, хоч після приїзду вони проживали на іншій жилій площі на умовах піднайму. У зв'язку з суперечками, що виникли між дочкою та матір'ю у 1995 р. громадянка Н. пред'явила позов про вселення у три­кімнатну квартиру та визнання за її сім'єю права на проживання в окремій ізольованій кімнаті.

Рішенням суду її позов було задоволене на тій підставі, що Н. та її сім'я були прописані у спірному жилому приміщенні, а вселитися в нього вони не могли, бо у квартирі мешкав вели­кий пес, чия присутність погано впливала на здоров'я Н.

Судова колегія у цивільних справах Київського міського суду скасувала це рішення, і при повторному розгляді у позові Н. було відмовлено. У рішенні суду підкреслювалося, що про­писка сім'ї Н. не породила ніяких прав у позивача, оскільки її сім'я не вселилася у спірне жиле приміщення, а тому і не на­була права на це приміщення.

Ще однією необхідною умовою вселення в жиле приміщен­ня, згаданою у зазначеній постанові, є письмова згода всіх членів сім'ї, що проживають разом з наймачем (у тому числі й тимчасового відсутніх). За неповнолітніх членів сім'ї таку згоду повинні висловити їхні батьки чи інші законні представ­ники (опікуни, піклувальники) навіть якщо вони не прожи­вають у даному жилому приміщенні.

Як правило, таку письмову згоду оформляють тоді, коли наймач звертається з проханням прописати певну особу в найняте ним жиле приміщення; відповідні органи вимагають підписів усіх членів сім'ї на заяві наймача. Проте трапляються випадки, коли не всі члени сім'ї наймача (або колишні члени сім'ї наймача) дали письмову згоду на вселення певної особи

14 О. Дзері

418 Глава 16

чи взагалі не висловлювали своєї думки з цього приводу, якщо, наприклад, після вселення особи як члена сім'ї наймача не ставилося питання про її прописку. В таких випадках у разі виникнення спору про право особи, яка вселилася в жиле приміщення, згідно з п. 9 постанови Пленуму Верховного Суду України від 12 квітня 1985 р. № 2 відсутність письмової згоди членів сім'ї наймача на вселення сама по собі не свід­чить про те, що особи, які вселилися, не набули права корис­тування жилим приміщенням, якщо за обставинами справи безспірно встановлено, що вони таку згоду, хоч і не письмово, але висловили.

Згідно з ч. 2 ст.65 Житлового кодексу особи, які вселилися в жиле приміщення як члени сім’ї наймача, набувають рівного з іншими членами сім'ї права користування жилим приміщен­ням, якщо при вселенні між цими особами, наймачем та чле­нами його сім'ї, що проживають разом з ним, не було іншої угоди про порядок користування жилим приміщенням.

Наприклад, у двокімнатну квартиру, що складається з ізольованих кімнат розмірами 20 та 10 кв. м за ордером, вселилися мати й син. Син як член сім'ї за ч. 1 ст. 64 Житло­вого кодексу має рівні права з матір'ю на користування жи­лим приміщенням. У зв'язку з його одруженням у цю квартиру з додержанням правил, передбачених ч. 1 ст. 65 Житлового кодексу, вселилася невістка наймача, яка тільки в тому разі матиме рівні з чоловіком та його матір'ю права на всю житлову площу, якщо при вселенні між нею, її чоловіком та наймачем не буде укладено (як правило усної, хоч не виключається І письмова форма) угоди, що передбачає інший порядок користування житловим приміщенням. Якщо ж між цими трьома особами була домовленість, що молоде подруж­жя займатиме лише кімнату розміром 20 кв. м, це означає, що за невісткою не визнано право на рівне з іншими членами сім'ї наймача користування усім житлом, а у неї виникає право лише на кімнату розміром 20 кв. м та приміщення за­гального користування (кухня, коридор тощо).

Одним із прав наймачів є придбання займаних ними житлових приміщень у приватну власність. Згідно зі ст. 651 Житлового кодексу наймачі житлових приміщень у будинках державного чи громадського житлового фонду можуть за зго­дою всіх повнолітніх членів сім'ї, які проживають разом з ними, придбати займані ними приміщення у власність на

Найом жилого приміщення 418

підставах, передбачених чинним законодавством. Придбан­ня займаних житлових приміщень здійснюється шляхом приватизації і регламентується Законом України "Про прива­тизацію державного житлового фонду" від 19 червня 1992 р. із змінами та доповненнями внесеними законами України від 22 лютого 1994 р. та від 5 лютого 1997 р.

Під приватизацією слід розуміти відчуження квартир (будинків), кімнат у квартирах та одноквартирних будинках, де мешкають два і більше наймачів, та належних до них гос­подарських споруд і приміщень (підвалів, сараїв і т. ін.) дер­жавного житлового фонду на користь громадян України. Приватизація здійснюється шляхом безоплатної передачі громадянам квартир (будинків) з розрахунку санітарної норми 21 кв. м загальної площі на наймача І кожного члена його сім'ї та додатково 10 кв. м на сім'ю. Додаткова житлова площа в розмірі .10 кв. м враховується і тоді, коли наймач не створив сім'ї або члени його сім'ї проживають та прописані в іншому місці. Так, наймач, що прописаний і проживає один у квартирі має право на безоплатне придбання займаного житлового приміщення у розмірі 31 кв. м загальної площі.

Надлишки загальної площі квартир підлягають продажу особам, що мешкають у них. Разом з тим ст. 6 Закону України "Про приватизацію державного житлового фонду" передба­чає випадки безоплатної передачі квартир незалежно від розміру їх загальної площі. Так, безоплатно передаються однокімнатні квартири, квартири, в яких мешкають багатодітні сім'ї, квартири, в яких мешкають ветерани праці тощо.

Кожен громадянин має право приватизувати займане ним житло безоплатно або з частковою доплатою один раз. Най­мачі житла можуть реалізувати своє право на придбання зай­маних житлових приміщень у власність за таких умов:

1) вони повинні постійно проживати у цих житлових примі­щеннях до введення в дію Закону України "Про приватизацію державного житлового фонду", тобто до 22 липня 1992 р., або на той час перебували на квартирному обліку тих, хто потре­бує поліпшення житлових умов;

2) згоди всіх повнолітніх членів сім'ї наймача, які прожи­вають разом з ним. Члени сім'ї також мають право на придбання займаних житлових приміщень у спільну (сумісну чи часткову) власність;

**422 *Глава* 16** Разом з тим держава здійснює заходи щодо соціаль­ного захисту населення в умовах реформування системи платежів за житлово-комунальні послуги. Так, постановою Кабінету Міністрів України від 22 вересня 1997 р. М8 1050 за­тверджено Положення про порядок призначення та надання населенню субсидій для відшкодування витрат на сплату житлово-комунальних послуг, придбання скрапленого газу, твердого та пічного побутового (рідкого) палива.

Цим Положенням визначаються умови призначення та порядок надання громадянам щомісячної адресної безготів­кової субсидії для відшкодування витрат на сплату користу­вання житлом та комунальних послуг, а також один раз на рік субсидії на придбання скрапленого газу, твердого та пічного побутового (рідкого) палива.

Право на отримання цієї субсидії мають і наймачі житло­вого приміщення державного чи громадського житлового фонду, загальна сума оплати яких за житлово-комунальні послуги, скраплений газ, тверде та пічне побутове паливо перевищує 15 відсотків середньомісячного сукупного доходу сім'ї.

Субсидія призначається наймачеві, на якого відкрито осо­бовий рахунок за місцем прописки.

Щоб отримати субсидію наймач має подати до відділу субсидій заяву та відомості про забезпеченість житловою площею **та** комунальними послугами, склад прописаних у житловому приміщенні, доходи кожного з прописаних, а також документи, які підтверджують сплату житлово-кому­нальних послуг за попередній період. Якщо є заборгованість платежів, укладається угода про її погашення між наймачем та відділом субсидій або надавачем послуг. Термін погашення заборгованості зазначається в угоді і залежить від розміру боргу та середньомісячного доходу на кожного прописаного у житловому приміщенні громадянина.

Субсидія для відшкодування витрат на сплату житлово-ко­мунальних послуг призначається на шість місяців. Після закінчення терміну отримання субсидій громадяни повинні підтвердити право на призначення субсидії на наступний період. Для цього вони подають лише довідки про доходи прописаних громадян та заяву, в якій підтверджується відсут­ність будь-яких змін у складі прописаних та у характеристиці

***Найом жилого приміщення 423***

житла І послуг з моменту попереднього призначення субсидій.

Наймачам житлових приміщень державного і громадсько­го житлового фонду субсидія надається шляхом перерахуван­ня коштів на рахунок власників житла та підприємств, що на­дають комунальні послуги.

Субсидія є безповоротною і її отримання не впливає на обсяг прав та обов'язків наймача і членів його сім'ї.

**§ 4. Збереження права користування жилим приміщенням за тимчасово відсутніми наймачем або членами його сім'ї**

Жиле приміщення надається наймачеві та членам його сім") для проживання в ньому; якщо ці особи (чи хтось один із них) не проживають у даному приміщенні, то вони втрачають право на нього. За ст. 107 Житлового кодексу в разі виїзду наймача чи членів його сім'ї на інше постійне місце проживання право на користування цим жилим приміщенням вони втрачають з моменту виїзду.

Проте не можна не враховувати тих випадків, коли наймач чи члени його сім'ї за тих чи інших обставин тимчасово не проживають у даному жилому приміщенні. Суттєвою гаран­тією житлових прав громадян у даних випадках є ст. 71 Житлового кодексу, яка передбачає можливість збереження жилого приміщення за тимчасово відсутніми.

За загальним правилом, у разі тимчасової відсутності най­мача чи членів його сім'ї за цими особами зберігається жиле приміщення протягом шести місяців, а якщо вони були відсутні з поважних причин понад шість місяців, цей строк може бути подовжений наймодавцем, а у випадку спору — судом.

У певних випадках, спеціально обумовлених ст. 71 Житло­вого кодексу, за наймачем та членами його сім'ї право на жиле приміщення зберігається і на триваліші строки (призов на строкову військову службу або направлення на альтер­нативну службу, тимчасовий виїзд з постійного місця прожи-

***424 Глава 1 в***

вання за умовами та характером роботи; виїзд у зв'язку з на­вчанням; перебування дітей у державних дитячих закладах тощо).

Якщо наймач або члени його сім'ї не проживали у певному жилому приміщенні понад встановлені строки, то згідно із ст. 72 Житлового кодексу вони можуть бути визнані такими, що втратили право на користування жилим приміщенням. Таке визнання здійснюється в судовому порядку за позовом наймодавця, наймача або членів його сім'ї (колишніх членів сім'ї). Звідси можна зробити висновок, що внаслідок відсут­ності особи понад встановлені в ст. 71 Житлового кодексу строки вона автоматично не втрачає права користування спірним жилим приміщенням, а може бути визнана такою лише за рішенням суду.

У разі виїзду наймача та членів його сім'ї на тривалий строк у випадках, передбачених законодавством (ст. 73 Житлового кодексу), жиле приміщення зберігається за ними на підставі охоронного свідоцтва — броні. Бронюється усе жиле примі­щення, що є предметом договору найму, незалежно від того, чи залишаються там проживати члени сім'ї наймача, чи виїздять усі разом. Жиле приміщення бронюється у разі виїзду за кордон на роботу на весь час перебування за кор­доном.

Тимчасова відсутність наймача не знімає з нього обов'яз­ків, що випливають з договору найму жилого приміщення, зокрема вчасно вносити квартирну плату, належним чином утримувати приміщення тощо. Ці самі обов'язки покладають­ся і на членів сім'ї тимчасово відсутнього наймача, які зали­шаються в жилому приміщенні.

**§ 5 Право на обмін жилого приміщення**

Право на обмін жилого приміщення є одним з найважливіших суб'єктивних прав наймача. Потреба у його здійсненні виникає у наймача з різних причин, зокре­ма, у зв'язку з реєстрацію шлюбу чи його розірванням, об'єд­нанням з батьками в одну сім'ю, наближенням місця прожи­вання до місця роботи.

Найом жилого приміщення 425

*і*

Обмін жилими приміщеннями за своєю юридичною кате­горією та згідно з чинним житловим законодавством є своє­рідним перерозподілом жилих приміщень.

Право наймача на обмін жилого приміщення та порядок обміну встановлюються і регулюються житловим законодав­ством (статті 79—89 Житлового кодексу) та Правилами обміну жилих приміщень, затвердженими постановою Ради Міністрів УРСР від 31 січня 1986 р. № 31.

Учасниками обміну можуть бути наймачі державного та громадського житлових фондів, а також пайовики — члени ЖБК.

Правом на обмін користуються лише наймач та члени його сім'ї, що проживають разом з ним. Такого права не мають піднаймачі та тимчасові мешканці. Обмін допускається лише за наявності письмової згоди всіх членів сім'ї, що проживають спільно, включаючи й тимчасово відсутніх. За неповнолітніх членів сім'ї свою згоду в письмовій формі висловлюють батьки, опікуни чи піклувальники.

Предметом обміну може бути як ізольована квартира чи інше ізольоване жиле приміщення, так, за певних умов, і частина жилого приміщення.

Коли між членами сім'ї наймача (чи колишніми членами сім'ї) не досягнуто згоди про обмін, кожний з них має право вимагати в судовому порядку примусового обміну примі­щення, яке вони займають, на приміщення в різних будинках (квартирах).

У пункті 12 постанови Пленуму Верховного Суду України від 12 квітня 1985 р. № 2 передбачається, що при примусо­вому обміні на підставі ст. 80 Житлового кодексу погіршення житлових умов відповідачів, як правило, не повинно допус­катись. У цьому випадку суд має всебічно враховувати інте­реси та обгрунтовані доводи членів сім'ї наймача. Однак обмін жилого приміщення на приміщення в загальній квартирі не може розглядатися як погіршення житлових умов осіб, які проживають в ізольованій квартирі і між якими виник спір.

Стаття 81 Житлового кодексу передбачає можливість обміну частини жилого приміщення. Наймач або член його сім'ї має право провести обмін жилої площі, що припадає на нього, в тому числі суміжної кімнати або частини кімнати з наймачем іншого жилого приміщення, але за тієї умови, що особа, яка переїздить у порядку обміну, є членом сім'ї тих,

***426 Глава їв***

хто залишився проживати у цьому приміщенні. Так, якщо у двокімнатній квартирі проживає подружжя з дорослим сином, а окремо в однокімнатній квартирі — мати наймача, то природно, що в результаті обміну старенька мати перебирає­ться жити до сина та невістки, а син цього подружжя займає однокімнатну квартиру.

Відмова наймодавця у дозволі на обмін може мати місце лише з підстав, зазначених у законі. Стаття 86 Житлового ко­дексу передбачає підстави, за яких не допускається обмін, зокрема коли до наймача пред'явлено позов про розірвання чи зміну договору найму, якщо обмін має фіктивний характер, якщо жиле приміщення є службовим або знаходиться у гур­тожитку тощо. Відмова наймодавця в обміні може бути оскар­жена в судовому порядку.

Угода про обмін жилими приміщеннями набуває чинності з моменту одержання сторонами обмінних ордерів, вва­жається виконаною з моменту переселення наймачів в обмі­нювані жилі приміщення.

**§ 6. Піднайом жилого приміщення**

Закон передбачає за наймачем право на­давати частину, а в разі тимчасового виїзду і все жиле примі­щення в користування стороннім особам, якщо на це є згода усіх членів сім'ї наймача та згода наймодавця. Відносини по піднайму оформляються відповідним письмовим договором між наймачем та піднаймачем з наступною реєстрацією в житлово-експлуатаційній організації.

Договір може бути укладений на певний або на невизна-чений строк або до вимоги звільнити жиле приміщення.

*Договір піднайму—* це сплатний договір і однією із істотних його умов є угода між наймачем та піднаймачем про плату за користування жилим приміщенням. Згідно із ст. 95 Житло­вого кодексу розмір плати за договором піднайму хоч і вста­новлюється угодою сторін, але не може перевищувати розміру квартирної плати, яку сплачує наймач за надаване приміщення, і відповідної частини видатків на оплату кому­нальних послуг.

Найом жилого приміщення 427

Стаття 93 Житлового кодексу передбачає умови, за яких не допускається укладення договору піднайму, а саме: якщо при вселенні піднаймачів на кожну особу, що проживає в да­ному жилому приміщенні, припадатиме менше норми се­редньої забезпеченості житлом у даному населеному пункті;

якщо піднаймач, який вселяється у квартиру, де живуть два чи більше наймачів, страждає тяжкою формою хронічного за­хворювання, у зв'язку з чим він не може проживати в такій квартирі.

Договір піднайму припиняється після закінчення строку договору і піднаймач не має права вимагати поновлення до­говору, а на вимогу наймача повинен звільнити жиле приміщення.

Договір піднайму може бути розірваний і достроково, якщо піднаймач та особи, що проживають разом з ним, система­тично руйнують чи псують жиле приміщення або використо­вують його не за призначенням, або, систематично пору­шуючи правила співжиття, унеможливлюють для інших проживання в одній квартирі чи будинку, а також у разі сис­тематичної несплати квартирної плати (ст. 97 Житлового кодексу).

Якщо договір піднайму був укладений без зазначення строку, наймач зобов'язаний письмово попередити піднаймача «яро припинення договору за три місяці. Якщо піднаймач відмовляється звільнити жиле приміщення, він та члени його сім'ї підлягають виселенню в судовому порядку без надання іншого жилого приміщення. Піднаймач користується правом за згодою членів своєї сім'ї у будь-який час розірвати договір піднайму.

Від піднаймачів слід відрізняти тимчасових жильців, тобто осіб, які можуть бути поселені наймачем (за згодою членів його сім'ї) без стягнення з них плати за користування жилим приміщенням і укладення договору. Згоди наймодавця на вселення тимчасових жильців не потрібно. Строком прожи­вання тимчасові жильці не обмежуються, проте згідно з ч. 2 ст. 98 Житлового кодексу вселення тимчасових жильців на строк більший ніж півтора місяця допускається за умови до­держання розміру житлової площі, встановленого для надан­ня жилих приміщень.

***428 Глава 16***

Тимчасові жильці зобов'язані на вимогу наймача або членів його сім'ї) негайно звільнити жиле приміщення, яке зай­мають, а в разі відмови підлягають виселенню в судовому порядку без надання іншого жилого приміщення.

**§ 7. Надання громадянам житла у зв'язку з капітальним ремонтом**

Як правило, у зв'язку з капітальним ремон­том громадянам надається інше жиле приміщення. Відповідно до ст. 101 Житлового кодексу наймодавець має право в су­довому порядку вимагати переселення наймача та членів його сім'ї в інше жиле приміщення на час капітального ремон­ту будинку, якщо наймач відмовляється переселитися добро­вільно. Необхідність виселення виникає тоді, коли без звіль­нення жилих приміщень неможливо провести передбачені проектом ремонтні роботи. Розмір надаваного тимчасового жилого приміщення не визначається законом, проте відповід­но до п. 15 постанови Пленуму Верховного Суду України від 12 квітня 1985 р. № 2 це жиле приміщення має бути розташо­ване в межах того самого населеного пункту і бути придатним для проживання в ньому громадян, які виселяються, з ураху­ванням кількісного складу їх сім'ї, стану здоров'я та інших обставин, що заслуговують на увагу.

Переселення наймача на час капітального ремонту не при­пиняє договору найму жилого приміщення, проте квартирну плату він вносить за те приміщення, що надане йому на час капітального ремонту.

Відповідно до *ч.З* ст. 101 Житлового кодексу після закін­чення капітального ремонту наймач повертається в жиле приміщення, яке займав раніше, а якщо наймодавець засе­лить це приміщення іншими особами, то наймач має право в судовому порядку вимагати виселення цих осіб.

Вирішуючи питання, пов'язані з капітальним ремонтом будинку, та проблеми тимчасового відселення наймачів, най­модавець має право надати наймачеві та членам його сім’ї (за їхньою згодою) інше впорядковане жиле приміщення для постійного проживання. Проте це не обов'язок, а право най-

**429**

***Найом жилого приміщення***

модавця, і вимоги громадян зобов'язати наймодавця не підлягають судовому розглядові.

У тому разі, коли жиле приміщення, яке займають наймач та члени його сім'ї, внаслідок капітального ремонту не може бути збережено або істотно збільшиться і у наймача утворять­ся надлишки жилої площі, йому та членам його сім'ї до початку капітального ремонту має бути надане інше впорядковане жиле приміщення. Якщо жиле приміщення, яке займає на­ймач, істотно зменшиться внаслідок капітального ремонту, на вимогу наймача йому та членам його сім'ї має бути надане інше впорядковане жиле приміщення до початку капітального

ремонту.

Спори, що виникають між наймодавцем і наймачем та чле­нами його сім'ї з приводу поселення на житлову площу після капітального ремонту у зв'язку з її збільшенням чи зменшен­ням, розглядаються у судовому порядку.

**§ 8. Зміна договору н жилого приміщення**

Жилі приміщення у будинках державного та громадського житлового фонду надаються громадянам у безстрокове користування. Це не означає, що договір найму жилого приміщення, який був укладений після одержання ордера, з часом (у зв'язку з одруженням наймача, розлучен­ням, смертю тощо) не може бути змінений виходячи з потреб сім'ї, яка проживає у найнятому приміщенні. У ст. 103 Житло­вого кодексу передбачено, що договір найму жилого примі­щення може бути змінений за взаємною згодою наймача та членів його сім'ї і згодою наймодавця.

Найчастіше судова практика має справу з вимогами колишнього члена сім'ї наймача (наприклад, у зв'язку з розір­ванням шлюбу) змінити договір найму жилого приміщення і виділити заявникові окреме приміщення. Набагато рідше трапляються випадки, коли один із членів сім'ї (наприклад, до­рослий син наймача, який збирається одружитися) ставить перед наймачем такі вимоги.

Для розгляду цих та подібних вимог слід звернутися до змісту ст. 104 Житлового кодексу, за якою член сім'ї наймача

430 Глава 16

(чи колишній член сім'ї, що продовжує проживати в найнятому приміщенні) має право вимагати за згодою всіх, що проживають разом з ним членів сім’ї (чи колишніх членів сім'ї), укладення з ним окремого договору найму. Якщо за­значені особи чи каймодавець не дають згоди на укладення договору найму, то цей спір вирішується в судовому порядку.

Розглядаючи такі спори, суд враховує перш за все, чи до-держано вимогу, передбачену ст. 104 Житлового кодексу, а саме: чи припадає на заявника окреме ізольоване жиле приміщення у цій квартирі площею не нижче середньої забез­печеності. При цьому обов'язково береться до уваги й умова ч. 2 ст. 65 цього кодексу: за особою, яка вселена наймачем, тільки тоді визнається рівне право з рештою членів сім'ї наймача на користування всією житловою площею, якщо між ними не було певної угоди про порядок користування житлом.

Якщо така угода мала місце, то частка житлової площі на заявника вираховується не з усієї житлової площі, а тільки з тієї, щодо якої було укладено з ним угоду.

Правила про зміну договору найму жилого приміщення на вимогу члена сім'ї наймача не поширюються на жилі приміщення в будинках підприємств, установ **та** організацій найважливіших галузей народного господарства (ст. 114 Житлового кодексу), крім випадків, коли наймач одержав жиле приміщення у цих будинках не у зв'язку з трудовими відносинами чи коли наймодавець втратив право на його виселення.

Наймачі жилих приміщень, які проживають в одній квартирі на підставі окремих договорів найму, у випадках об'єднання їх в одну сім'ю мають право вимагати від наймодавця укладення з певною особою одного договору найму на все жиле приміщення, яке вони займають. Попередні договори припиняють свою дію і виникає зобов'язання на об'єднане жиле приміщення з рівним правом усіх членів сім’ї на це жиле приміщення.

Відмова наймодавця від укладення одного договору найму може бути оскаржена в судовому порядку.

За правилами ст. 106 Житлового кодексу повнолітній член сім'ї наймача має право за згодою наймача та інших членів сім'ї, які проживають спільно, вимагати визнання його наймачем за раніше укладеним договором найму жилого приміщення замість попереднього наймача. Такі випадки найчастіше

Найом жилого приміщення 431

трапляються тоді, коли попередній наймач жилого приміщення виїздить на інше постійне місце проживання, а в найнятому ним приміщенні залишаються проживати члени його сім'ї. Право зміни договору передбачається і у випадках смерті наймача або втрати ним права на жиле приміщення.

У разі відмови наймодавця визнати наймачем особу, що подала заяву за згодою інших членів сім'ї, спір вирішується в судовому порядку.

Правила ст. 106 Житлового кодексу не поширюються на жилі приміщення у будинках підприємств, установ та організацій найважливіших галузей народного господарства, крім випадків, що викладені вище.

**§ 9. Припинення договору найму жилого приміщення**

Зобов'язання, що виникають з договору найму жилого приміщення, можуть припинятися як за волевиявленням сторін, так і незалежно від їхньої волі. Припинення зобов'язання за волевиявленням сторін здійснюється шляхом розірвання договору. Житлові правовідносини можуть бути припинені також у зв'язку з певними подіями (смерть одинокого наймача, руйнування жилого приміщення у зв'язку зі стихійним лихом тощо).

Отже, поняття припинення житлових правовідносин є ширшим за поняття розірвання договору, але в цьому пара­графі ми зупинимось тільки на випадках розірвання договору житлового найму.

За загальним правилом, передбаченим ст. 107 Житлового кодексу, наймач за згодою членів своєї сім'ї має право у будь-який час вимагати розірвання договору найму жилого приміщення. Для цього він повинен довести до відома наймодавця своє рішення, сплатити квартирну плату та здати приміщення у належному стані.

Жиле приміщення надається в користування всім членам сім'ї наймача. У тих випадках, коли вибуває не вся сім'я, договір найму жилого приміщення не розривається, а наймач, який вибув, втрачає право на користування цим жилим приміщенням з дня виїзду.

432 Глава 16

Розірвання договору найму жилого приміщення на вимогу наймодавця проводиться лише з підстав, установлених законом, і тільки в судовому порядку, крім випадків виселення з будинків, яким загрожує обвал.

Як правило, виселення громадян проводиться в судовому порядку. В адміністративному порядку можуть бути виселені лише громадяни, які самоправне зайняли жиле приміщення, тобто вселилися без будь-яких законних підстав, або які проживають у жилому приміщенні, якому загрожує обвал.

Виселення в адміністративному порядку проводиться на підставі заяви наймодавця (наймача) із санкції прокурора. У випадках самоправного зайняття житлової площі громадяни виселяються без надання їм жилого приміщення, а якщо гро­мадяни виселяються з будинку, якому загрожує обвал, їм надається впорядковане жиле приміщення. З прийняттям Конституції України і встановленням у ст. 47 норми, згідно з якою ніхто не може бути примусово позбавлений житла інак­ше як на підставі закону за рішенням суду, адміністративний порядок виселення на практиці не застосовується.

Відповідно до ст. 110 Житлового кодексу у випадках, якщо будинку загрожує обвал, знесення будинку чи переобладнан­ня його на нежилий, наймодавець має право виселити громадян з наданням їм іншого впорядкованого жилого приміщення.

За ст. 111 Житлового кодексу, якщо будинок, в якому зна­ходиться жиле приміщення, підлягає знесенню у зв'язку з вилученням земельної ділянки для державних чи громад­ських потреб, громадянам, що їх виселяють, надається інше впорядковане жиле приміщення органами державної адміні­страції ради місцевих народних депутатів, а у тих випадках, коли земельна ділянка відводиться державній, кооперативній чи іншій громадській організації, цією організацією.

У разі переобладнання жилого будинку на нежилий громадянам, яких виселяють, має бути надане інше впорядковане жиле приміщення. Його зобов'язана надати державна, коопе­ративна чи інша громадська організація, якій належить буди­нок (жиле приміщення), що підлягає переобладнанню. Якщо ці організації не можуть надати житло, його надає виконавчий комітет місцевої ради народних депутатів.

Нвйом жилого приміщення 433

Стаття 113 Житлового кодексу містить перелік вимог, що ставляться до впорядкованого жилого приміщення, яке надається у зв'язку з виселенням.

*По-перше,* надаване жиле приміщеня повинно бути в межах даного населеного пункту.

*По-друге,* впорядковане жиле приміщення має бути розта­шоване в будинку капітального типу і відповідати певним санітарним та технічним вимогам.

*По-третє,* якщо громадянин займав окрему квартиру, то йому має бути надана окрема квартира, а якщо кілька кімнат, то йому надається житлова площа з такою самою кількістю кімнат. Надаване жиле приміщення за розміром не може бути менше за те, яке займав наймач, однак має бути у межах норм житлової площі. Так, якщо до виселення одинокий на­ймач займав окрему квартиру, що складалася з трьох кімнат, йому має бути надана окрема квартира з однієї кімнати розміром не менше 13,65 кв. м (за умови, що він не має права на додаткову житлову площу).

*По-четверте,* при виселенні з жилого приміщення, меншого за розміром, ніж це передбачено для надання житла в даному населеному пункті, особі, яка виселяється, надається жиле приміщення згідно з нормами середньої забезпеченості житлом у даному населеному пункті.

*По-п'яте,* якщо наймач або члени його сім'ї мають право на додаткову житлову площу і фактично користуються нею, жиле приміщення надається з урахуванням права на додат­кову житлову площу.

Досить часто при виселенні громадян у зв'язку із знесен­ням будинку виникає питання, чи мають право громадяни, які проживали в одному жилому приміщенні, але утворили кілька сімей (хоч з ними не укладались окремі договори житлового найму), на одержання окремих жилих приміщень? Ця проблема вирішується в кожному конкретному випадку, виходячи з обставин, але, як правило, кожній сім'ї надається окреме жиле приміщення.

Відповідно до ст. 114 Житлового кодексу з наданням іншого жилого приміщення можуть бути виселені робітники і служ­бовці (разом з особами, що з ними проживають), які припи­нили трудові відносини з підприємствами, установами та організаціями найважливіших галузей народного господарства і були звільнені за власним бажанням без поважних

434 Глава їв

причин, чи за порушення трудової дисципліни, чи за скоєння злочину. В цьому разі приміщення, що надається громадянам, має бути в межах даного населеного пункту та відповідати встановленим санітарним і технічним вимогам.

Як зазначалося вище, громадяни вселяються в жиле приміщення, що їм надається, за ордером. У певних випадках (ст. 59 Житлового кодексу) ордер може бути визнаний судом недійсним, а громадяни підлягають виселенню в судовому порядку без надання чи з наданням жилого приміщення (ст. 117 Житлового кодексу). Якщо ордер на жиле приміщення одержано на підставі неправомірних дій осіб, які вселилися у жиле приміщення, останні підлягають виселенню без надання іншого жилого приміщення. Проте, якщо ці громадяни раніше користувалися жилим приміщенням у будинку державного чи громадського житлового фонду, їм має бути надане жиле приміщення, яке вони займали раніше, чи інше жиле приміщення.

Відповідно до ст. 116 Житлового кодексу, якщо наймач, члени його сім'ї чи інші особи, що проживають разом з ними, систематично руйнують або псують жиле приміщення, чи використовують його не за призначенням, або систематичним порушенням загальнолюдських правил співжиття унеможливлюють для інших проживання з ними в одній квартирі чи будинку, а запобіжні заходи і громадський вплив (попередження з боку органів міліції, прокуратури, товариського суду) виявилися безрезультатними, виселення винних на вимогу наймодавця чи інших заінтересованих громадян проводиться за рішенням суду і без надання іншого жилого приміщення.

До громадян, які систематично порушують загальнолюдські правила співжиття, суд може застосувати такий суворий захід попередження, як вимога провести обмін займаного жилого приміщення, запропоноване заінтересованою в обміні стороною.

Крім того, в судовому порядку без надання іншого жилого приміщення виселяються громадяни, позбавлені батьківських прав, якщо вони проживають разом із дітьми, відносно яких позбавлені батьківських прав.

Розділ III. Зобов'язання з виконання робіт

Глава 17. Договір підряду

**§ 1. Поняття та значення договору підряду**

За договором підряду, одна сторона (під­рядчик) зобов'язується виконати на свій ризик певну робота за завданням іншої сторони (замовника) з її або своїх мате­ріалів, а замовник зобов'язується прийняти і оплатити вико­нану роботу (ст. 332 ЦК)1.

Аналіз наведеного визначення договору підряду дає до­статні підстави для висновку про те, що це *консенсуальний, двостороннаї* та *сплатний* договір.

Закон не розкриває змісту робіт, які можуть виконуватися за договором підряду. Безперечним, однак, є факт, що пред­метом договору підряду є індивідуалізований результат праці підрядчика, який набуває тієї чи іншої матеріалізованої фор­ми, оскільки робота виконується з матеріалів сторін і здається у вигляді, придатному для оцінки. Буквальне тлумачення ст. 332 ЦК України виключає можливість віднесення до пред­мета договору підряду робіт, які виконуються без використан­ня матеріалів (наприклад, ремонт годинника, радіоприймача, телевізора без використання запасних деталей чи інстру­ментів). Правда, деякі автори радянського періоду, зокрема В. Г. Вердников, визнавали за можливе розглядати як мате-

1 Таке саме визначення договору підряду, але дещо лаконічніше, дано У ст. 895 проекту ЦК України.

436 Глава 17

ріал річ, що її надавали для ремонту. Відомі випадки виконан­ня робіт без використання матеріалів, але із застосуванням інструментів або без них (риття траншеї, переміщення ванта­жу тощо). Такі роботи можуть бути визнані підрядними, оскільки їх дія спрямована на відповідні зміни матеріальних об'єктів.

У юридичній літературі договір підряду розглядається як один з багатьох так званих договорів про надання послуг, хоч у законодавстві така категорія договорів не виділяється. При цьому необхідно договір підряду відмежовувати від інших договорів, що стосуються надання різних послуг (договорів зберігання, доручення тощо), оскільки в останніх результат роботи не має подібного речового відтворення і використо­вується у процесі самої діяльності виконавця таких послуг. Однак на практиці відносини, які виникають у зв'язку з на­данням послуг, настільки різноманітні, що такі рекомендації щодо розуміння предмета договорів про надання послуг не завжди можуть дати позитивні наслідки. При цьому найбільші труднощі виникають під час визначення правової природи послуг з навчання музики, іноземних мов (репетиторство), з відправлення обрядів, а також послуг, пов'язаних з кінокон­цертною, театральною діяльністю тощо, оскільки для таких послуг характерна відсутність матеріалізованого результату і в цивільному законодавстві фактично немає норм, які б регу­лювали договірні відносини такого роду. До таких відносин можливе застосування (за аналогією) відповідних норм, що регулюють договір підряду.

Отже, за ЦК України, *предметом* договору підряду є матеріалізовані результати створення, перетворення, поновлення і навіть ліквідації речей виробничого, споживчого та науково-культурного призначення. У змісті цієї статті не враховано особливості численних послуг, для яких характерна відсутність матеріалізованого результату. У зв'язку з цим певний інтерес становить досвід зарубіжних країн. Так, Цивільним кодексом Франції передбачено договір найму робіт і послуг як єдиний договір. Цивільне законодавство Федеративної Республіки Німеччини окремо регулюює договір найму послуг та договір підряду. При цьому предметом договору послуг можуть бути будь-які послуги, а предметом договору підряду — як виготовлення чи переробка речі, так і інший результат

Договір підряду 437

виробничої діяльності чи послуг. Отже, за законодавством ФРН лише певна частина послуг розглядається як підряд.

Сторонами у договорі підряду є *підрядчик* і *замовник.* Підрядчик — це особа, яка бере на себе обов'язок виконати замовлену роботу (послуги), а замовник — це особа, що за­мовляє виконання певної роботи (послуги), беручи на себе обов'язок прийняти й оплатити її результат.

Договірними сторонами можуть виступати як юридичні, так і фізичні особи. Підрядні роботи виконують спеціально ство­рені для цього підприємства (будівельні, будівельно-мон­тажні, у сфері побутового обслуговування тощо), а також інші підприємства, що займаються виробничо-господарською діяльністю. Звичайно спеціалізовані підприємства виступають як підрядчики. Підрядчик має право доручити виконання певної роботи третім особам — *субпідрядникам.*

Щодо участі фізичних осіб у підрядних відносинах (особливо як підрядчиків), то вона істотно обмежувалася законодавчими актами. Так, відповідно до ст. 333 ЦК України громадянин міг приймати на себе виконання роботи за договором підряду лише у випадках, не заборонених законом, і за умови виконання цієї роботи особистою працею. Певні види робіт (послуг), які не могли виконуватися на підрядних умо­вах, визначалися, наприклад, Положенням про кустарно-ремісничі промисли від 31 травня 1976 р. Положенням, зокрема, заборонялося виготовлення і ремонт зброї, тиражування платівок, кінофільмів, магнітних записів, виготовлення виробів із дорогоцінних металів і каменів, перевезення пасажирів і вантажів автотранспортними засобами. Безумовно, щодо більшості перелічених у Положенні робіт заборона була цілком виправданою, проте були й такі роботи, заборона яких не мала достатніх підстав.

З прийняттям в Україні законодавства ринкового спряму­вання потреба в застосуванні багатьох раніше чинних актів стосовно індивідуальної трудової діяльності відпала. Основоположними принципами нового законодавства стали вільне економічне самовизначення громадян, свобода підприємництва тощо. Так, за ст. 12 Закону України "Про власність" громадянин набуває права власності на доходи від участі в суспільному виробництві, індивідуальної праці, підприємницької діяльності, вкладення коштів у кредитні установи, акціонерні товариства, а також на майно, одержане внаслідок

**438 *Глава 17***

успадкування або укладення інших угод, не заборонених за­коном. Громадяни, індивідуальна трудова діяльність яких має ознаки підприємництва, повинні додержуватися правил, визначених Законом України "Про підприємництво". Для цього їм необхідно набути статуса підприємця або утворити (самостійно чи разом з іншими особами) підприємство з пра­вами юридичної особи, здійснивши державну реєстрацію під­приємництва у виконавчому комітеті відповідної ради (дер­жавній адміністрації). Громадянин, який бажає набути стату­са підприємця без створення юридичної особи, подає до виконавчого комітету заяву, реєстраційну картку встановле­ного зразка та документ, що засвідчує сплату коштів за дер­жавну реєстрацію (ст. 8).

Проголошуючи свободу підприємництва, законодавець водночас передбачає види діяльності, для заняття якими необхідно одержати спеціальний дозвіл (ліцензію). Це, зокре­ма, ремонт спортивної та мисливської зброї, виготовлення та реалізація медикаментів і хімічних речовин, виготовлення горілчаних і тютюнових виробів. Деякі інші види діяльності, зокрема виготовлення і реалізація наркотичних засобів, військової зброї та боєприпасів до неї, як зазначається у ст. 4 Закону України "Про підприємництво", можуть викону­вати лише державні підприємства та організації.

Підрядні відносини безпосередньо врегульовано стат­тями 332—356 ЦК України. Норми цих статей мають загаль­ний характер. Тому щодо окремих видів договору підряду, яким властива специфіка, можуть прийматися спеціальні нормативні акти. У ЦК України враховано особливості лише договору підряду з обслуговування побутових потреб грома­дян (договір побутового замовлення). Окремими статтями регулюється договір підряду на капітальне будівництво (статті 353—357 ЦК), що зумовлено особливим порядком укладення і виконання цоьго договору, а раніше — також існуванням планово-адміністративної системи в СРСР. Тому договір підряду на капітальне будівництво розглядався в юридичній літературі як самостійний, а не як різновид загального дого­вору підряду. Нині, коли відбуваються докорінні зміни у плановій системі, така кваліфікація договору підряду на капітальне будівництво втрачає будь-які підстави.

У проекті ЦК України різновидами підряду визнані: побутовий підряд, будівельний підряд, підряд на виконання науко-

***Договір підряду 43і***

во-пошукових та дослідно-конструкторських робіт. Крім того у проекті ЦК виділяється окрема категорія договорів про на­дання послуг.

У період ринкових реформ поширилися підрядні договори на так званих *давальницьких умовах, що* зумовило необхід­ність їх спеціалізованого правового .врегулювання. Відповідно Верховна Рада України прийняла Закон України "Про опера­ції з давальницькою сировиною в зовнішньоекономічних відносинах" від 15 вересня 1995 р.1 (До прийняття цього за­кону такі відносини регулювалися Декретом Кабінету Міністрів України "Про операції з давальницькою сировиною в зовнішньоекономічних відносинах" від 17 травня 1993 р.2).

Відповідно до ст. 1 цього закону операціями з давальниць­кою сировиною у зовнішньоекономічних відносинах мають вважатися "операції по переробці (обробці, збагаченню чи використанню) давальницької сировини незалежно від кількості замовників і виконавців, а також етапів (операцій) по переробці цієї сировини, ввезеної на митну територію України (чи закупленої іноземним замовником за іноземну валюту в Україні) чи вивезеної за Ті межі з метою одержання готової продукції за відповідну плату". Розрахунки за пере­робку, обробку, збагачення чи використання давальницької сировини можуть здійснюватися у грошовій формі, шляхом виділення частини давальницької сировини чи готової про­дукції або з використанням трьох форм одночасно за згодою замовника і виконавця (ст. 6 Закону). Даний закон встанов­лює також особливий порядок ввезення на митну територію України давальницької сировини, порядок реалізації готової продукції на території України та ін.

Окремі нормативно-правові акти регулюють відносини з переробки певних видів сировини у внутрішньому товаро­обігу. Так, постановою Кабінету Міністрів України від 8 квітня

1996 р. № 411 був затверджений Порядок переробки си­ровини на спирт етиловий, коньячний і плодовий, алкогольні напої на давальницьких умовах і їх використання в 1996—

1997 роках3. Відповідно до цього Порядку питома вага да­вальницької сировини або частини готової продукції, яка йде

№ 32. — Ст. 255.

' Відомості Верховної Ради України. — 1995.

2 Там само. — 1993. — № 27 — Ст. 294.

3 Бізнес. — 1996. — 23 квітня

***442 Глава* 77**

ся, що фармацевтична сировина, яка надійшла від фірми "Армор ЛТД" товариству "Лубнифарм" за контрактом № АЛ/5 та додатками до нього, є давальницькою, а продукція, виго­товлена з цієї сировини, підлягала реалізації з умовою пере­рахування коштів фірмі "Армор ЛТД". Такий висновок під­тверджується митною декларацією, в якій поставлену сировину визнано давальницькою, довідками про взаємороз-рахунки сторін контракту, платіжними документами, за якими кошти перераховувалися за цитрамон, а не за сировину, та іншими доказами. Зазначену постанову судової колеги Президія та Пленум БАСУ залишили в силі.

На наш погляд, однією з причин, що призвела до різного тлумачення контракту сторонами, є невдала редакція тексту самого договору, в якому була відсутня його назва (договір купівлі-продажу чи договір підряду). Предмет контракту визначався сторонами як "поставка фармацевтичної сиро­вини (специфікація № 1) для виробництва лікарських форм", сторони контракту названі відповідно Постачальник (фірма "Армор ЛТД") і Одержувач (АТ "Лубнифарм"). Тому судові інстанції змушені були оцінювати інші докази, пов'язані з виконанням контракту, яких виявилося достатньо для визнання його підрядним договором на переробку даваль­ницької сировини, з чим не можна не погодитись.

**§ 2. Зміст договору підряду**

Істотним у договорі підряду є умови, що стосуються його предмета, ціни та строку виконання. Саме вони визначають зміст підряду, його особливості.

Як уже зазначалося, предметом договору підряду є результат виконаної підрядчиком роботи. З огляду на це не безспірною є думка про те, що предмет договору підряду — це виконання підрядчиком певної роботи і передача замов­никові її результатів. Фактично таке визначення предмета до­говору підряду відтворює текст законодавче сформульо­ваного поняття договору, яке містить дані про сторони, їхні права та обов'язки, а також опосередковані дані щодо умов договору. У наведеній думці відбувається, по суті, ототожнен­ня предмета договору підряду з іншими його елементами.

***Договір підряду 443***

Саме по собі "виконання" замовлення, як правило, не може бути предметом договору ще й тому, що здійснюється воно підрядчиком організаційно самостійно. За такого підходу ми вимушені були б визнати, що, наприклад, предметом купівлі-продажу є не сама відчужувана річ, а дії продавця щодо її відчуження, що суперечить сутності купівлі-продажу.

У договорі підряду мають бути чітко визначені вимоги до його предмета щодо якості, кількості тощо. Пріоритет у фор­мулюванні предмета договору, безумовно, належить за­мовникові, який виходить із своїх потреб. Однак це не озна­чає, що підрядчику законом відведено пасивну роль. Він також бере участь в оцінці предмета, виходячи зі своїх мате­ріальних, професійних та інших можливостей. У деяких випад­ках сторони можуть і не погоджувати ті чи інші вимоги до предмета договору, якщо вони безпосередньо передбачені спеціальними нормативними актами, стандартами, технічни­ми умовами, зразками (наприклад, у сфері побутового обслу­говування, капітального будівництва).

Для досягнення замовленого результату можуть вико­ристовуватися матеріали підрядчика або замовника, можливе також поєднання матеріалів обох сторін. Такий висновок випливає із змісту ст. 332 ЦК України. Разом з тим відповідно до ч. 1 ст. 335 цього кодексу підрядчик зобов'язаний виконати роботу, обумовлену договором, із своїх мате­ріалів і своїми засобами, якщо інше не встановлено законом або договором, тобто в останньому випадку припускається, що за загальним правилом матеріали надає підрядчик, а інше може бути передбачено законом або договором. Подібне за­стереження набуває практичного значення у випадку, коли в договорі не визначено сторону, на яку покладається обов'я­зок договору підряду. Такий обов'язок може встановлю­ватися також у спеціальних актах законодавства.

У договорах підряду, які мали право укладати соціалістичні організації, необхідно було обов'язково передбачати норми витрат матеріалів, строки повернення лишків та основних відходів, а також відповідальність підрядчика за невиконання або неналежне виконання цих обов'язків (ст. 338 ЦК). В умо­вах ринкової економіки і утвердження принципів вільного підприємництва наведена норма, на наш погляд, не може бути обов'язковою для юридичних осіб — суб'єктів підприємництва.

***Глава 17***

Наступною істотною умовою договору підряду є ціна, тобто грошова сума, належна підрядчику за виконане замовлення. Визначення ціни багато в чому залежить від складу сторін до­говору. Так, якщо сторонами в ньому виступають громадяни, то ціна визначається за погодженням між ними. Надання по­слуг за договором підряду організаціями здійснювалося три­валий час, як правило, за цінами відповідно до затверджених у встановленому порядку прейскурантів, цінників, тарифів, каталогів. Нині в Україні формується система ціноутворення за законами ринкової економіки, яка реалізується відповідно до положень Постанови Кабінету Міністрів України "Про ціноутворення в умовах реформування економіки" від 21 жовтня 1994 р., якою було скорочено обсяги державного регулювання на деякі види послуг (зокрема, на послуги для населення з ремонту та виготовлення окулярної оптики і медичних приладів).

На виконання робіт, передбачених договором підряду, складається кошторис, згідно з яким і визначається ціна за­мовлення. У процесі виконання замовлення можуть виник­нути непередбачені обставини і спричинити зміни в кошторисі та відповідно вплинути на ціну. За законом підрядчик повинен своєчасно попередити про це замовника, який має право відмовитися від договору в разі значного перевищення кош­торису (ч. 2 ст. 334 ЦК).

У кошторисі виконуваних робіт потрібно враховувати вар­тість матеріалів, терміновість виконання замовлення та інші можливі обставини. Вартість замовлення може бути сплаче­на повністю чи частково до початку його виконання або після завершення робіт. Оплата вартості виконаних побутовими підприємствами робіт проводиться, як правило, після вико­нання замовлення, а вартість матеріалів, яка не входить до вартості послуг, сплачується повністю під час оформлення замовлення. ''

Третьою істотною умовою договору підряду є строк його виконання, яким визначається момент завершення підряд­них робіт і здачі їх результатів замовникові. Цей строк вста­новлюється за погодженням сторін або відповідними норма­тивними актами, адміністративно-плановими завданнями, у яких передбачені максимальні строки виконання робіт (наприклад, у сфері побутового обслуговування).

договір підряду 445

Сторони, особливо замовник, можуть бути зацікавлені у визначенні початкових і проміжних строків виконання робіт. Початковий строк має значення для проведення допоміжних заходів щодо підготовки необхідних матеріалів, земельної ділянки для забудови, проектно-кошторисної документації тощо. Іноді встановлюють не лише день, а й годину початку підрядних робіт, зокрема у договорі на ремонт жилих примі­щень, коли для з'ясування підготовленості приміщень до ремонту важлива присутність замовника. Наявність у дого­ворі проміжних (етапних) строків дає змогу замовникові кон­тролювати своєчасність і якість ходу робіт, а підрядчику— до­держуватися встановленої технологічної та господарської дисципліни. Проміжні строки можуть встановлюватися і нор­мативними актами (наприклад, щодо пошиття одягу).

Перелічені та інші можливі умови договору підряду потрібно відповідно оформити. У ЦК України безпосередньо не встановлюються спеціальні вимоги до форми договору під­ряду, тому сторони мають право керуватися загальними правилами про угоди, викладеними у статтях 42—44 цього кодексу, якщо інше не передбачено спеціальними норматив­ними актами, що регулюють окремі різновиди договору підряду.

Таким чином, договір підряду може бути укладений як в усній, так і в письмовій формі, оскільки, як правило, його виконання віддалене від моменту укладення певним часом. Якщо робота виконується у присутності замовника (дрібний ремонт), договір на її виконання не потребує обов'язкового письмового оформлення, незалежно від суми ремонту.

Надання побутових послуг оформляється документом встановленої форми (квитанцією, договором, розпискою тощо). Послуги, виконувані в терміновому порядку в присут­ності замовника та за методом самообслуговування, можуть оформлятися видачею жетона, талона, касового чека (п. З Правил побутового обслуговування населення, затвердже­них постановою Кабінету Міністрів України від 16 травня 1995р.)1.

' Див.: *Кройтор В.А.* Защита прав потребитепя. — Харьков., 1996. — С. 156—160.

446 Глава 7;

Договори на ремонт, будівництво жилих будинків з надвір­ними будівлями, на виконання проектно-пошукових робіт на будівництво жилих будинків з надвірними будівлями, на тех­нічне обслуговування телевізійних антен колективного користування та інші види підрядних робіт" укладаються з до­держанням вимог, передбачених типовими договорами. У них визначаються права та обов'язки сторін, порядок прийняття робіт і пред'явлення претензій.

Наслідки недодержання форми договору підряду визнача­ються за загальними нормами цивільного права, якщо інше не передбачено спеціальним законом.

Під час виконання замовлення підрядчик зберігає свою господарську та організаційну самостійність, тобто замовник не має права втручатися в організацію праці підрядчика, у виробничі й технологічні процеси. Це, однак, не означає, що замовник повністю позбавлений можливості впливати на хід і якість виконання замовлення. Так, підрядчик зобов'язаний керуватися у своїй роботі отриманим від замовника завдан­ням, а замовник має право давати певні вказівки щодо спо­собу, строків виконання роботи в порядку, визначеному за­коном.

Обсяг самостійності підрядчика у виборі способу виконан­ня замовлення багато в чому залежить від ступеня визначе­ності ознак предмета договору. Деталізація цих ознак при укладенні договору позбавляє підрядчика певної свободи дій у виконанні замовлення, але разом з тим вона сприяє змен­шенню можливих непорозумінь. Якщо ті чи інші ознаки пред­мета визначені нормативними актами, типовими догово­рами, технічними чи будівельними правилами, то підрядчик повинен їх додержуватися, навіть коли вони не були обумов­лені в договорі.

Організаційно-господарська самостійність підрядчика значною мірою зумовлює існування так званого принципу ризику, суть якого зводиться до встановлення відповідного розподілу правових наслідків випадкової загибелі матеріалів і предмета підряду між замовником і підрядчиком. Цей прин­цип закріплений як невід'ємна ознака підрядних відносин, що сформульована у вже згадуваній ст. 332 ЦК України. Зміст цієї статті дає підстави припустити, що принцип ризику не може бути скасований угодою сторін.

Договір підряду 447

Ризик підрядчика полягає в тому, що в разі випадкової загибелі предмета підряду до здачі або його неможливості закінчити роботу без вини сторін, підрядчик не має права вимагати винагороди за роботу (ч. 1 ст. 346 ЦК). У законо­давстві нічого не згадується про порядок відшкодування можливих збитків, проте, виходячи із загальних правил зобо­в'язального права, можна дійти висновку, що у такій ситуації ні підрядчик, ні замовник не набувають права на відшкодуван­ня завданих збитків. Може статися так, що підрядчик отримав від замовника певні суми у вигляді авансу. За законом такі суми підлягають поверненню замовникові.

Від загибелі предмета підряду (закінченого чи незакінче-ного) слід відрізняти загибель матеріалів. Відповідно до зако­ну ризик випадкової загибелі або випадкового псування матеріалів несе сторона, що надала матеріали (ст. 339 ЦК). Якщо сталася випадкова загибель предмета підряду і водно­час загибель або випадкове псування матеріалів, наданих підрядчиком, то на нього покладається ризик випадкової загибелі предмета підряду і матеріалів.

У сучасних умовах, коли відбувається перехід від жорстко­го законодавчого регулювання договірних відносин до утвер­дження принципу максимально можливої свободи сторін у формуванні договору, підрядчику і замовнику, на наш погляд, має бути надана можливість по-іншому розв'язувати питання правових наслідків випадкової загибелі або неможливості виконання предмета підряду без вини сторін. Однак у проекті ЦК України (ст. 912) не передбачено право сторін на власний розсуд змінити правило про ризик підрядчика у разі випадко­вої загибелі предмета підряду. Водночас по-іншому вирішено подібне питання у проекті ЦК України щодо ризику випадко­вого знищення матеріалів. Так, згідно зі ст. 900 "ризик випад­кового знищення матеріалів або випадкового псування (пош­кодження) до настання строку здачі підрядчиком обумовленої договором роботи несе сторона, що надала матеріали, а після настання цього строку — сторона, що прогаяла строк, якщо інше не встановлено договором або законодавчими актами". Такий підхід можна було б застосувати і до випадків випадко­вого знищення предмета підряду.

***448***

**§ 3. Права та обов'язки сторін. Правові наслідки неналежного виконання умов договору підряду**

Уклавши договір підряду, сторони тим самим беруть на себе відповідні обов'язки з одночасним на­буттям певних прав. Права та обов'язки підрядчика і замов­ника значною мірою обумовлюються умовами договору, якщо інше прямо не передбачено законом або типовими до­говорами.

Найважливіші обов'язки підрядчика, передбачені ЦК України, такі:

а) виконати певну роботу за завданням замовника (ст. 332);

б) виконати роботу із своїх матеріалів, якщо інше не вста­новлено законом або договором (ст. 335);

в) підрядчик відповідає за неправильне використання матеріалів замовника; підрядчик зобов'язаний дати замовни­кові звіт про використання матеріалів і повернути лишок матеріалу (ст. 336);

г) вжити усіх заходів до забезпечення збереження ввіре­ного йому замовником майна (ст. 337);

д) своєчасно попередити замовника про недоброякісність або непридатність матеріалів, одержаних від нього, про неприйнятність вказівок замовника та інших, не залежних від підрядчика обставин, що загрожують міцності або придатності виконуваної роботи (ст. 340);

е) своєчасно приступити до виконання замовлення (ст. 347);

є) здати належно виконану роботу замовникові в обумов­лений договором строк (ст. 332).

Безумовно, наведений перелік обов'язків підрядчика не є вичерпним, сторони можуть передбачити й інші умови, обов'язкові для них. Невиконання або неналежне виконання підрядчиком згаданих та інших можливих обов'язків надає за­мовникові право пред'явити до нього визначені законом вимоги.

За ЦК України на замовника покладаються такі основні обов'язки:

а) прийняти роботу, виконану підрядчиком відповідно до договору (ст. 342);

Договір підряду 449

б) оплатити виконану підрядчиком роботу після здачі всієї роботи, якщо інше не встановлено законом або договором (ст. 345);

в) на вимогу підрядчика усунути обставини, які загрожують міцності або придатності виконуваної роботи (ст. 341 )1.

У разі невиконання чи неналежного виконання переліче­них та інших передбачених законом або договором обов'язків можуть настати відповідальність сторін та інші правові наслідки. Відповідальність сторін базується на загальних принципах цивільного права, зокрема на принципі вини.

Так, у ст. 347 ЦК записано: "якщо підрядчик своєчасно не приступає до виконання договору або виконує роботу так повільно, що закінчення її в обумовлений строк стає явно не­можливим, замовник вправі відмовитися від договору або вимагати відшкодування збитків". У даному випадку йдеться про зволікання підрядчиком виконання роботи ще до обумов­леного строку здачі її замовникові. На перший погляд скла­дається враження про відсутність логіки в конструкції право­вої норми, яка допускає можливість відповідальності підряд­чика ще до настання строку здачі роботи. Проте це не так, оскільки виконання підрядчиком замовлення після обумовле­ного договором строку може стати для замовника взагалі непотрібним або навіть призвести до виникнення у нього збитків. Не виключено, що, упевнившись у неспроможності підрядчика виконати його замовлення в обумовлений строк, замовник може розірвати з ним договір і знайти іншого, з кращими професійними можливостями, який здатний своєчасно виконати замовлення. У згаданій статті, однак, не розкривається зміст явної неможливості своєчасного вико­нання роботи. З'ясування цього питання залежить від багать­ох конкретних обставин (складність предмета підряду, спів­відношення строку, що минув, і строку, що залишається, відповідність часу технологічним нормам на виконання пев­ного виду робіт тощо). Про явну неможливість своєчасно виконати замовлення може свідчити також недодержання підрядчиком встановлених нормативним актом або догово­ром проміжних строків.

1 Перелічені обов'язки замовника і підрядчика у тій чи іншій формі передбачено і в проекті ЦК України.

15 О. Дзера

450 Глава 17

Під час виконання роботи можуть виникнути обставини, які загрожують якості замовлення. Закон визначає правові наслідки неякісного виконання підрядних робіт. Якщо під час виконання роботи, — як записано у ч. 2 ст. 347 ЦК України, — стане очевидним, що вона не буде виконана на­лежним чином, замовник вправі призначити підрядчикові відповідний строк для усунення недоліків, а при невиконанні підрядчиком цієї вимоги у визначений строк — відмовитися від договору або вимагати відшкодування збитків, або дору­чити виправлення роботи третій особі за рахунок підрядчика.

Редакцію наведеної норми не можна визнати вдалою. По-перше, не ясно, чи має право замовник за очевидності нена­лежного виконання роботи вимагати розірвання договору без попереднього встановлення строку для виправлення недо­ліків, оскільки початок тексту наведеної норми дає підстави для ствердної відповіді, а друга частина заперечує це. Такі сумніви викликає застосування законодавцем вислову "вправі призначити", тобто якщо в такому випадку замовник "вправі призначити" строк для усунення недоліків, то стають невідомими правові наслідки в ситуації, коли замовник не бажає встановити такий строк. По-друге, редакція статті може навести на думку, що в разі розірвання договору з подібних причин замовник позбавляється права вимагати відшкодування збитків. Проте це суперечило б загальним принципам зобов'язального права. Отже редакцію ст. 347 ЦК України у цій частині бажано було б вдосконалити, щоб уникнути подвійного тлумачення.

Настання тих чи інших правових наслідків залежить від ха­рактеру недоліків у виконаному замовленні. Так, відповідно до ч. 1 ст. 344 ЦК України, коли підрядчик допустив інші недо­ліки в роботі, замовник має право за своїм вибором вимагати безоплатно виправити зазначені недоліки у відповідний строк або відшкодувати йому необхідні витрати по виправленню своїми засобами недоліків роботи, якщо договором передба­чено таке право замовника, або відповідного зменшення винагороди за роботу. У цьому разі законодавець поділяє недоліки на ті, які виявилися у вигляді відступів від умов до­говору, що погіршили роботу, та інші недоліки в роботі. Цілком очевидно, що під категорію "інших недоліків у роботі" підпадають ті з них, які у принципі не знижують якості роботи, але є відступом від умов договору (наприклад, підрядчик

Договір підряду 451

виконав ремонт квартири шпалерами іншого кольору, ніж це було обумовлено договором). Наявність таких недоліків, однак, не дає замовникові права вимагати розірвання дого­вору й відшкодування збитків, він може лише зажадати відшкодування витрат на виправлення недоліків.

За наявності у роботі істотних відступів від договору або інших істотних недоліків замовник має право вимагати розірвання договору з відшкодуванням збитків (ч. 2 ст. 344 ЦК). Визнають недоліки істотними або незначними самі сто­рони, а у разі спору — суд або арбітражний суд. Замовник має право звернутися до підрядчика з вимогою усунути істотні недоліки. Стосовно побутового замовлення у поста­нові Пленуму Верховного Суду України від б липня 1979 р. N° 4 (із змінами, внесеними постановами від 29 червня 1984 р., від ЗО червня 1989 р. та від 25 грудня 1992 р.) було дано роз'яснення, що до істотних належать недоліки, які унеможливлюють використання речі відповідно до її цільового призначення або які не можуть бути усунені відносно даного замовника, або для усунення яких потрібні великі затрати праці та часу, або які роблять предмет іншим, ніж передбаче­но договором.

Проте зазначена постанова Пленуму втратила чинність у зв'язку з прийняттям 12 квітня 1996 р. Пленумом Верховного Суду України постанови № 5 "Про практику розгляду цивіль­них справ за позовами про захист прав споживачів", в якій відсутнє вищезгадане роз'яснення щодо істотних недоліків, очевидно у зв'язку з тим, що в Законі України "Про захист прав споживачів" є майже таке саме законодавче визначен­ня поняття істотних недоліків.

Закон, однак, не передбачає можливості примусового виправлення підрядчиком істотних недоліків у роботі на вимогу замовника. І це правильно, оскільки за іншого підходу можливі подальші невиправдані матеріальні витрати. Якщо стає очевидним, що підрядчик професійно і технічно не в змозі усунути істотні недоілки, то економічно недоцільно і без­перспективно примушувати його виправляти заздалегідь невиправні недоліки в роботі. У вищезгаданій ст. 344 ЦК України не встановлюються штрафні санкції (неустойка, штраф) за неякісне виконання роботи. Проте сторони не по­збавлені права передбачати їх у договорі. Штрафні санкції мо­жуть також встановлюватися в окремих законодавчих актах.

15\*

**452 *Глава 17***

Правові наслідки неякісного виконання роботи, передба­чені законодавством, застосовуються й тоді, коли недоліки сталися через несвоєчасне застереження або незастере-ження підрядчиком замовника про обставини, перелічені у ст. 340 ЦК України, та через неякісні матеріали підрядчика.

Підрядчик відповідає за неправильне використання мате-ралів, наданих замовником. Він також несе відповідальність за будь-яке упущення, що спричинило втрату або пошкоджен­ня ввіреного йому замовником майна. Зміст відповідальності підрядчика за вказані упущення в разі потреби визначають, виходячи із загальних норм зобов'язального права.

Цивільний кодекс України прямо не передбачає відпові­дальності за невиконання підрядчиком замовлення або за прострочення здачі його. Однак правомірність її не викликає сумнівів. Така відповідальність може визначатися окремими нормативними актами. Так, Типовим договором на будів­ництво жилого будинку з надвірними забудовами передбача­лося, що за порушення строку закінчення робіт підрядчик сплачує замовникові за кожний прострочений день пеню у розмірі 0,05 відсотка від вартості робіт і матеріалів підряд­чика, а якщо роботи не закінчені протягом тижня з дня на­стання строку виконання замовлення, підрядчик повинен сплатити замовникові неустойку у розмірі 2 відсотків від вар­тості будівництва.

Певні невигідні правові наслідки передбачені і щодо за­мовника. Так, якщо замовник, незважаючи на своєчасне і обгрунтоване попередження з боку підрядчика, у відповідний строк не замінить недоброякісні або непридатні матеріали, не змінить вказівки щодо способу виконання роботи або не усуне інші обставини, які загрожують міцності чи придатності виконуваної роботи, підрядчик має право відмовитися від до­говору і стягнути збитки, заподіяні з вини замовника. Від­сутність у замовника можливості замінити неякісні матеріали не є підставою "для незастосування до нього вказаних санкцій.

Не досить чітким уявляється зміст ст. 341 ЦК України у тій частині, де встановлюється обов'язок підрядчика (організації) відмовитися від виконання договору, якщо замовник не усуне обставин, які загрожують міцності або придатності виконува­ної роботи. На наш погляд, у майбутньому, оновленому цивільному законодавстві в основу даної правової норми і

***договір підряду***

***453***

підстав для відмови підрядчика від неякісного виконання роботи має бути покладено принцип ступеня небезпеки подальшого використання замовлення. Зокрема, підряд­чик— організація чи громадянин — зобов'язаний відмовити­ся від неякісного виконання замовлення, якщо це призведе до заподіяння шкоди державі, суспільству, окремим громадя­нам, зробить небезпечним використання такого замовлення тощо.

З невиконанням або неналежним виконанням замовни­ком своїх обов'язків, що полягають у прийнятті та оплаті вико­наної підрядчиком роботи (статті 342 і 345 ЦК), також пов'язується настання тих чи інших правових наслідків, хоч законодавством спеціально вони не визначаються. Цілком очевидно, що підрядчик має право вимагати відшкодування збитків, завданих такими діями (бездіяльністю) замовника. Не виключається також застосування санкцій у вигляді неус­тойки (пені). Ризик випадкової загибелі чи випадкового пош­кодження предмета підряду, що сталися після прострочення його прийняття, покладається на замовника.

Цивільний кодекс України не встановлює якогось єдиного порядку приймання виконаної роботи і оформлення її результатів. Тому ці дії мають виконуватися з додержанням загальних або спеціальних правил про договір підряду. У ст. 342 ЦК України лише визначається обов'язок замовника прийняти роботу, виконану підрядчиком відповідно до догово­ру, оглянути її і в разі виявлення допущених у роботі відступів від договору або інших недоліків заявити про них підрядчикові без зволікання. Сторони можуть оформити здачу-приймання результату виконаної роботи відповідним актом або іншим до­кументом. Окремими нормативними актами може бути передбачений обов'язок сторін відповідним чином оформ­ляти приймання замовником виконаної роботи. Як правило це стосується виконання складних будівельно-монтажних радіотехнічних та інших робіт.

Закон встановлює строки пред'явлення позовів щодо виявлених у роботі недоліків. За ст. 343 ЦК України так позови можуть бути пред'явлені замовником з приводу:

1) недоліків у будинках і спорудах, які не могли бути помічені при звичайному прийнятті роботи (приховані недоліки), якщо однією із сторін є громадянин, — протягом трьох років;

454 Глава 17

*2)* прихованих недоліків в іншому майні — протягом одного року;

3) явних недоліків — протягом шести місяців. Строки обчислюються з дня здачі роботи підрядчиком і прийняття її замовником. Проте, якщо у договорі підряду передбачено гарантійний строк і заяву про виявлені недоліки в роботі зроблено в межах гарантійного строку, перебіг стро­ку позовної давності починається з дня подання заяви про недоліки.

§ 4. Договір побутового замовлення

У Цивільному кодексі України кілька спе­ціальних статей (статті 348—352) присвячено договору побу­тового замовлення як різновиду загального договору підряду. Відповідно до ст. 348 організація, що обслуговує побутові пот­реби громадян, за цим договором зобов'язується виконати для замовника певну роботу (пошиття одягу, ремонт побуто­вої техніки та інших речей, чищення і фарбування одягу, виго­товлення предметів хатнього вжитку тощо), а замовник зобов'язується прийняти й оплатити її.

З наведеного випливає, що замовником у договорі побуто­вого замовлення може бути лише громадянин, а підряд­чиком — спеціалізована організація (підприємство) побуто­вого обслуговування. У сучасних умовах ст. 348 слід тлу­мачити у контексті нового ринкового законодавства, за яким і окремі громадяни можуть набувати статусу підприємця, а відтак — надавати побутові послуги населенню. З правової точки зору не повинні вважатися .побутовими замовлення громадян, які не пов'язані із задоволенням їхніх власних пот­реб, а мають підприємницьку мету (наприклад, замовлення постійного промислового характеру, призначені для подаль­шої реалізації з метою одержання прибутку, замовлення великих промислових партій товару). Нерідко підприємства побутового обслуговування виконують замовлення інших господарюючих суб'єктів (суб'єктів підприємництва). За таких обставин на зазначені підрядні відносини мають поширюва­тися правила загального договору підряду.

Договір підряду 455

Крім спеціальних статей, до договору побутового замов­лення застосовуються також окремі загальні правила про договір підряду, викладені у статтях 335—337, 339—342, ч. З ст. 343, статтях 346 і 347 ЦК України. Відповідно до статей 348 і 3521 Кабінету Міністрів України надано право затверджувати типові договори побутового замовлення з окремих видів обслуговування громадян. Правила про договори підряду з обслуговування побутових потреб громадян можуть встанов­люватися й іншими спеціальними законодавчими актами. Наприклад, постановою Кабінету Міністрів України від 16 травня 1994 р. № 313 затверджені Правила побутового обслуговування населення, в яких передбачено порядок приймання та оформлення замовлень на послуги, умови виконання замовлення тощо. Інструкцією щодо оформлення замовлень з окремих видів послуг та їх виконання, затвер­дженою наказом Українського союзу об'єднань підприємств і організацій побутового обслуговування населення від 16 травня 1994 р. (із змінами від 20 березня 1997 р.), деталь­но визначено порядок оформлення та виконання послуг з ремонту і пошиття взуття, ремонту і пошиття швейних, хут­ряних і шкіряних виробів, ремонту та виготовлення трико­тажних виробів, ремонту побутових машин і приладів, ремон­ту і виготовлення ювелірних виробів, ремонту і виготовлення меблів, хімічного чищення та фарбування одягу, прання білизни, ремонту і будівництва житла та інших об'єктів.

Як уже зазначалося, побутове замовлення оформляється договором, квитанцією, розпискою чи іншим документом, у якому мають зазначатися необхідні реквізити, або ж шляхом видачі жетона, талона чи касового чека. Виконання праців­никами служби побуту замовлень без належного їх оформ­лення не створює для підприємства побутового обслугову­вання правових наслідків.

Особливе значення для регулювання відносин з побутово­го обслуговування населення має Закон України "Про захист прав споживачів" (1991 р., з наступними змінами та допов­неннями), певні статті якого також застосовуються до цих відносин. Закон регулює відносини між споживачами товарів (робіт, послуг) і виробниками, виконавцями, продавцями в умовах різних форм власності. Споживачем є громадянин, який замовляє або має намір замовити товари (роботи, пос­луги) для власних побутових потреб, а виконавцем —

456 Глава 17

підприємство, установа, організація або громадянин-під­приємець, які виконують роботи або надають послуги. Тому не викликає сумнівів правомірність поширення цього закону на побутове замовлення.

За ст. З Закону України "Про захист прав споживачів" споживачі (у даному випадку вони і замовники), зокрема, мають право на державний захист своїх прав, належну якість робіт і послуг, безпеку робіт, послуг; на відшкодування збитків, завданих роботами, послугами неналежної якості, а також шкоди, заподіяної небезпечними для життя і здоров'я людей роботами, послугами у випадках, передбачених зако­нодавством; на необхідну, доступну та достовірну інформацію про кількість, якість та асортимент робіт і послуг.

Зміст зазначених прав, умови їх здійснення та захисту де­тально регламентуються багатьма статтями Закону України "Про захист прав споживачів" (статті 3, 12, 13, 16, 17, 18, 23 та 24). Особливий інтерес становить ст. 15, якою визначені права споживача у разі порушення виконавцем умов догово­ру про виконання робіт і надання послуг, у пунктах 1 і 2 якої майже повністю відтворено норми частин 1 і 2 ст. 347, у пун­ктах 3 і 4 — норми 1 і 2 частин ст. 344 ЦК України.

Відповідно до ст. 350 ЦК України, якщо підрядчик допустив істотні відступи від умов договору побутового замовлення або інші істотні недоліки в роботі, виконаній з матеріалу за­мовника, останній має право на свій вибір вимагати або виго­товлення іншої речі з однорідного матеріалу такої самої якості, або розірвання договору з відшкодуванням збитків (аналогічна норма є також у п. 4 ст. 15 Закону України "Про захист прав споживачів"). У термінологічних поясненнях до цього закону розкривається зміст істотного недоліку. Таким вважається недолік, який робить неможливим чи недо­пустимим використання товару (роботи, послуги) відповідно до його цільового призначення або не може бути усунутий щодо цього споживача, або для його усунення необхідні великі затрати праці та часу, або він робить товар (роботу, послуги) іншим, ніж передбачено договором, або виявляється знову після його усунення. Таке визначення істотного недоліку певною мірою повторює визначення, дане у вищезгаданій постанові Пленуму Верховного Суду України.

Договір підряду

***457***

У разі невиконання чи неналежного виконання зобо­в'язання виконавець повинен сплатити замовникові неустой­ку, якщо вона передбачена законодавством чи договором.

Вимоги замовника, передбачені ст. 15 вищезгаданого за­кону, підлягають задоволенню в разі виявлення недоліків про­тягом гарантійного чи інших термінів, установлених догово­ром. Позов з приводу недоліків у роботі, виконаній за догово­ром побутового замовлення, може бути пред'явлений не пізніше шести місяців з дня відхилення претензії, а якщо претензія не заявлена або час її заявлення встановити не­можливо, — не пізніше шести місяців з дня строку, встанов­леного для заявлення претензії. Порядок і строк пред'явлення претензій щодо таких вимог визначає Кабінет Міністрів України (ст. 350 ЦК). Виконавець не повинен відповідати за недоліки у виконаних роботах або наданих послугах, якщо до­веде, що вони виникли з вини самого споживача.

Виконавець зобов'язаний протягом місяця відшкодувати збитки, що виникли у зв'язку з втратою, псуванням чи по­шкодженням речі, яку він прийняв від споживача для вико­нання робіт або надання послуг. При цьому *в\н* не звільняється від відповідальності, навіть якщо рівень його на­укових і технічних знань не дав змоги виявити особливі властивості речі, прийнятої ним від споживача для виконання робіт або надання послуг.

Норма п. 10 ст. 15 Закону України "Про захист прав споживачів" передбачає відповідальність виконавця за шкоду, заподіяну життю, здоров'ю або майну споживача, що виникла у зв'язку з використанням речей, матеріалів, облад­нання, приладів, інструментів, пристроїв чи інших засобів, необхідних для виконання ним робіт або надання послуг, не­залежно від знання виконавцем їх властивостей. Законом де­тально врегульовано й інші відносини, пов'язані з відповідаль­ністю виконавця (підрядчика).

Якщо замовник не з'явився щоб одержати річ, виготовлену за договором побутового замовлення, підрядчик має право після закінчення шести місяців з дня виготовлення речі за до­говором і дворазового попередження замовника продати річ у встановленому порядку, а виручену суму, за вирахуванням усіх належних підрядчикові платежів (у тому числі оплата **за** виконання замовлення, витрати на його зберігання,

***458***

***Глава 17***

реалізацію та повідомлення замовника), внести на депозит нотаріальної контори на ім'я замовника (ст. 352 ЦК, п. 25 Правил побутового обслуговування населення).

Законодавство або договір можуть встановлювати й інші умови щодо визначення ціни, строків, організації виконання замовлення тощо. Так, Правилами обов'язкової сертифікації послуг з ремонту та технічного обслуговування дорожніх транспортних засобів та їх складових, затвердженими нака­зом Держстандарту України від 28 серпня 1997 р.1 з метою забезпечення безпеки життя, здоров'я людей, захисту їхнього майна та охорони навколишнього середовища, вста­новлено спеціальні вимоги щодо якості ремонту транспортних засобів та їх складових.

Глава 18. Договори підряду в капітальному будівництві

**§ 1. Капітальне будівництво в Україні та способи його здійснення**

Капітальне будівництво — це галузь ма­теріального виробництва, в межах якої здійснюється ство­рення нових, реконструкція діючих основних фондів виробни­чого і невиробничого призначення, а також технічне пере­озброєння їх.

*Нове будівництво* (новобудова) — це будівництво підпри­ємств, будівель і споруд, яке здійснюється на нових май­данчиках на підставі початкове затвердженої проектно-кош­торисної документації.

*Розширення —* це здійснюване за новим проектом будів­ництво других і наступних черг діючих підприємств, додатко­вих виробничих комплексів і виробів, а також нових або розширення діючих цехів.

*Технічне переозброєння —* проведення відповідно до плану технічного розвитку об'єднань (підприємств) комплек­су заходів (без розширення виробничих площ) щодо підви­щення технічного рівня окремих дільниць виробництва, агре­гатів, установок шляхом запровадження нової техніки, техно­логії, заміни устаткування тощо.

Основними завданнями в галузі будівництва на сучасному етапі є докорінна зміна інвестиційної політики, значне скоро­чення кількості одночасно споруджуваних об'єктів, істотне зменшення рівня незавершеного будівництва.

462 Глава 18

вільного підприємництва і в цьому питанні потребує відповід­них змін, які б забезпечували рівні права будь-яких власників, незалежно від форми їх власності.

Відносно суто юридичних характеристик цього договору слід зазначити, що підрядні договори в будівництві є двосто­ронніми, тобто кожна із сторін має і права, і обов'язки. Дого­вір підряду в будівництві завжди сплатний, це випливає на­самперед із його взаємного характеру: за виконану роботу підрядчик повинен дати відповідний грошовий еквівалент. Таким чином, і в будівництві підрядний договір зберігає ті самі ознаки, які властиві підрядним договорам у цілому, — взаєм­ність (двосторонність) і оплатність.

Крім наведених рис, у договорі підряду на капітальне будів­ництво, як і в загальному договорі підряду, підрядчик виконує роботу на свій ризик, хоч про це прямо і не йдеться в ст. 353 ЦК України.

Договори підряду в будівництві мають особливості, зумов­лені тривалістю виробничого циклу, значними витратами і ха­рактером самого будівельного процесу, техніки, робочої сили. Крім того, будь-який об'єкт будівництва має терито­ріальне закріплення — розміщується на певній земельній ділянці. Тому при укладенні і виконанні договору підряду на капітальне будівництво слід враховувати не тільки цивільне, адміністративне, фінансове законодавство, а й норми зе­мельного та природоохоронного права.

Закон України "Про інвестиційну діяльність" (1991 р.) передбачає, що основним правовим документом, який регу­лює взаємовідносини між суб'єктами інвестиційної діяльності, є договір (угода).

Укладення договорів, вибір партнерів, визначення зобов'я­зань чи будь-яких інших умов господарських відносин, які не суперечать чинному законодавству України, — це виключна компетенція суб'єктів інвестиційної діяльності. Втручання державних органів і посадових осіб у договірні відносини між суб'єктами інвестиційної діяльності понад їх компетенцію не припускається.

Значення договорів підряду в будівництві визначається тим, що в умовах ринкової економіки саме договір як угода, що грунтується на вільному волевиявленні сторін, стає основ­ним регулятором відносин між учасниками будівництва на

***4в3***

Договори підряду в капітальному будівництві

всіх етапах інвестиційної діяльності — від проектування до виведення об'єкта на проектну потужність.

Як і будь-який цивільно-правовий договір, договір підряду має враховувати інтереси обох контрагентів — замовника і підрядчика. При цьому юридична конструкція цього договору дає змогу, з одного боку, забезпечити повну господарську самостійність виконавцю робіт — підрядчику, з другого — га­рантує замовникові право здійснювати на всіх етапах конт­роль за ходом виконання договору.

Договори підряду в будівництві, укладені замовниками і відповідними підрядними організаціями, є підставою для фор­мування їхніх виробничих планів і програм, а також для здійснення фінансово-кредитних відносин між замовниками, підрядчиками та банками, що фінансують їхню діяльність.

Зміцнення договірних відносин, найповніше використання можливостей договору з метою прискорення будівництва, поліпшення його якісних показників є важливим напрямом удосконалення господарського механізму інвестиційної діяльності в цілому і капітального будівництва зокрема.

**§ 3. Система підрядних договорів у будівництві та організація договірних зв'язків**

В інвестиційній діяльності, зокрема в капі­тальному будівництві, застосовуються практично всі договірні типи: підряд, поставка, перевезення. Крім того, в межах дого­вірних типів використовуються і окремі різновиди: договори в галузі проведення розвідок і проектування, здійснення шефмонтажа устаткування і пусконалагоджувальних робіт, будів­ництва. Усі ці договори опосередковують відносини, які технологічно пов'язані між собою, і тому потребують єдиного комплексного врегулювання. Головне місце посідають підрядні договори, оскільки за їхньою допомогою регулюють­ся відносини з приводу виконання робіт, які мають найбільшу питому вагу в інвестиційній діяльності.

Договори підрядного типу, що їх застосовують у будів­ництві, доцільно класифікувати відповідно до характеру робіт і сфери виконання їх. Можна виділити такі групи підрядних

464 Глава 18

договорів: 1) на виконання проектних і розвідувальних робіт;

2) на виконання будівельних, монтажних і спеціальних робіт;

3) на виконання пусконалагоджувальних робіт і шефмонтажа устаткування; 4) на виконання інших допоміжних робіт1.

Тривалий період у літературі точилися дискусії з приводу правової природи і самостійності окремих видів договорів, що застосовуються в будівельному процесі. Найбільші суперечки викликав договір на виконання проектних і розвідувальних робіт. Якщо питання про самостійність договору підряду на капітальне будівництво було розв'язано в законодавстві позитивно, то доля інших підрядних договорів, які тісно пов'язані з будівництвом і становлять єдиний технологічний процес, залишилася поза межами законодавчого регулюван­ня. Саме це і стало приводом для твердження, що договір на виконання проектних і розвідувальних робіт, як і інші підрядні договори в будівництві, слід розглядати як різновид договору підряду на капітальне будівництво, оскільки проектування є однією із стадій капітального будівництва в широкому розу­мінні. Висловлювалася думка про те, що підрядні відносини з приводу проектування мають регулюватися тими самими нормами глави 8 Основ цивільного законодавства, що й під­ряд на капітальне будівництво. Однак більшість авторів обсто­ювали самостійність договору на виконання проектних і розвідувальних робіт, маючи на увазі, що він характери­зується власним предметом регулювання, іншим порядком виконання зобов'язань, а також приймання і оплати робіт.

Під час розробки нового ЦК України знову постало питання про співвідношення підрядних договорів у будівництві. Його рішення передбачає певні зміни в оцінках природи договорів і перспектив їх регулювання. На відміну від чинного ЦК у про­екті ЦК України не передбачається самостійне регулювання договору підряду на капітальне будівництво, оскільки усі під­рядні договори містяться в єдиній главі і мають єдиний уніфі­кований режим правового регулювання. У межах окремих видів підрядних договорів, на які, однак, поширюються загаль­ні норми про підряд, передбачається регулювання відносин, що складаються в будівництві під час виконання проектних і

Див.: *Кузнецова Н.С.* Подрядные договори в инвестиционной дея •тельности в строительстве. — К., 1993. — С. 48—52.

Договори підряду в капітальному будівництві 465

розвідувальних, а також науково-дослідних і конструктор­ських робіт. Крім того зазначається, що особливості виконан­ня окремих видів підрядних робіт і їх оплати передбачаються ЦК України та іншими нормативними актами.

Отже, у межах єдиного договірного типу — підряду — і в інвестиційній діяльності, складовою якої є капітальне будів­ництво, застосовуються різні види договорів на виконання робіт у галузі проектування, будівництва, монтажу устатку­вання та його налагодження. Ці договори охоплюють відно­сини між замовником і підрядчиком з приводу виконання пев­них робіт (створення нового об'єкта або його реконструкція, розширення, технічне переозброєння) і можуть мати певну специфіку, насамперед зумовлену тим, що об'єкт неможливо відокремити від місця його експлуатації.

Складність виробничого процесу, тривалість його в часі та інші особливості відображаються на структурі договірних відносин.

Відповідно до ст. 354 ЦК України договір підряду на капі­тальне будівництво укладає замовник з однією будівельною організацією, яка виступає як підрядчик. Проте, враховуючи специфіку будівельного виробництва і багатопрофільність ха­рактеру робіт, ця будівельна організація може доручити вико­нання певних обсягів монтажних або інших спеціалізованих робіт іншій організації на підставі самостійного договору суб­підряду. Таким чином, у складі учасників договірних відносин беруть участь замовник, підрядчик і спеціалізована організа­ція — субпідрядчик. Якщо відносини будуються за наведеною схемою, то укладається договір підряду і договір субпідряду, решту функцій замовника виконує підрядчик. Така схема дістала назву *генерального підряду,* а підрядчик іменується генеральним підрядчиком. Як правило, генеральний підряд­чик — це одна організація, яка виконує загальнобудівельні роботи і координує роботу субпідрядчиків, яких може бути кілька.

Однак якщо будова складна, то у випадках і в порядку, що визначаються Кабінетом Міністрів України, замовник може укладати договір підряду з двома і більше будівельними орга­нізаціями, які мають право як генеральний підрядчик на підставі договору субпідряду доручати виконання окремих комплексів робіт спеціалізованим організаціям.

***466 Глава 18***

Якщо підрядна організація без залучення субпідрядників власними силами і засобами виконує повний обсяг робіт, то відносини будуються за схемою звичайного підряду.

Проте договори на виконання монтажних та інших спеціалі­зованих робіт із відповідними організаціями може укладати не лише генеральний підрядчик. Такі договори може укладати безпосередньо замовник з організацією, що має виконувати роботи. В цьому разі укладатиметься не договір субпідряду, а прямий договір підряду. Слід мати на увазі, що укладення пря­мих договорів між замовником і спеціалізованими організа­ціями відбувається лише за згодою генерального підрядчика.

Таким чином, система звичайного підряду характеризує просту структуру договірних зв'язків, а система генерального підряду — складну.

**§ 4. Джерела регулювання підрядних відносин у будівництві**

За умов існування СРСР правове регулю­вання відносин у капітальному будівництві (і суміжних з них) здійснювалося союзним законодавством. Республіканські нормативні акти в цій сфері якщо і приймалися, то тільки дуб­лювали зміст союзних. В умовах формування самостійного українського законодавства основні напрями правового регулювання капітального будівництва і суміжних з ним сфер визначаються Законом України "Про інвестиційну діяльність" та нормами ЦК України, де цим питанням присвячено главу 29.

Постановою Верховної Ради України "Про порядок тимча­сової дії на території України окремих актів законодавства Союзу РСР' від 12 вересня 1991 р. передбачено, що до прий­няття відповідних актів законодавства України на її території застосовуються акти законодавства СРСР з питань, які не врегульовані законодавством України за умови, що вони не суперечать Конституції та законам України.

Тому серед джерел правового регулювання капітального будівництва України залишаються на певний час законодавчі і підзаконні акти колишнього СРСР.

***467***

Договори підряду в капітальному будівництві

Так, постановою Ради Міністрів СРСР від 26 грудня 1986 р. були затверджені Правила про договори підряду на капіталь­не будівництво. Певні зміни внесено в порядок застосування їх Постановою Ради Міністрів СРСР "Про впорядкування системи економічних (майнових) санкцій, що застосовуються до підприємств, об'єднань і організацій" від ЗО липня 1988 р. Порядок укладення і виконання договорів субпідряду регу­люється Положенням про взаємовідносини організацій — генеральних підрядчиків з субпідрядними організаціями, затвердженими постановою Держбуду СРСР і Держплану СРСР від 3 липня 1987 р. Щодо правового режиму договору на виконання проектних і розвідувальних робіт, то він вста­новлений нормативним актом, прийнятим понад ЗО років тому і через це є явно застарілим. Правила про договори на виконання проектних і розвідувальних робіт, про які йдеться, були затверджені Держбудом СРСР, Держпланом СРСР і Міністерством фінансів СРСР 25 травня 1959 р. Багатосто­ронні контракти в капітальному будівництві регулюються Тимчасовим положенням про контракт у капітальному будів­ництві, затвердженим Держбудом СРСР 13 березня 1989 р.

Важливе місце серед джерел правового регулювання посідають постанови Уряду СРСР. Деякі з них присвячені за­гальним питанням, як, наприклад, Постанова Ради Міністрів СРСР "Про деякі заходи щодо поліпшення стану справ у капі­тальному будівництві" від ЗО вересня 1989 р., інші — окремим проблемам, як, наприклад, Постанова Ради Міністрів СРСР "Про прийняття в експлуатацію закінчених будівництвом об'єктів" від 23 січня 1981 р. (з відповідними змінами від 24 квітня 1984 р.). Важливу роль у регулюванні розрахун­ково-кредитних відносин відіграють Правила фінансування і кредитування будівництва, затверджені постановою Ради Міністрів СРСР від 10 січня 1987 р.

Протягом останніх років впроваджується метод будівниц­тва об'єктів "під ключ". Відносини між учасниками такого будівництва регулюються відповідно до Положення про орга­нізацію будівництва об'єктів "під ключ", яке затверджене по­становою Держбуду СРСР від 10 листопада 1989 р.

Крім наведених нормативних актів законодавчого, підза-конного і відомчого характеру, діють численні будівельні норми і правила, а також інструктивні та інформаційні листи Держбуду УРСР і Державного арбітражу УРСР (нині —

**468 *Глава13***

Держкоммістобудування і Вищого арбітражного суду України), які в прямому розумінні не є джерелами права, але суттєво впливають на формування практики застосування цих джерел.

З метою поліпшити організацію контрактних взаємовідно­син у будівництві в 1993 р. науково-технічна рада Міністер­ства України у справах будівництва та архітектури затвер­дила Положення про підрядні контракти у будівництві України. Цей акт врахував вимоги законодавства, певний вітчизняний та зарубіжний досвід правового регулювання відносин між учасниками будівництва та особливості становлення ринко­вих відносин у будівництві. Положення визначає порядок підготовки, складання та виконання підрядних контрактів на будівництво об'єктів і має рекомендаційний характер.

**§ 5. Договір на виконання проектних і розвідувальних робіт**

**Поняття та предмет до говору.** Договір на виконання проектних і розвідувальних робіт укладається між замовником і підрядчиком (або провідною проектною орга­нізацією як генпідрядчиком). Він є *консенсуальним, двосто­роннім і сплатним.* Предметом договору є передусім проект­но-кошторисна документація — техніко-економічні обгрунту­вання (техніко-економічні розрахунки), проекти, робочі про­екти, робоча документація на будівництво нових, розширен­ня, реконструкцію і технічне переозброєння діючих підпри­ємств, будов, споруд, а також закінчені інженерні досліджен­ня для розробки проектно-кошторисної документації на будів­ництво об'єктів, проекти організації будівництва та проекти виконання робіт тощо.

Склад проектно-кошторисної документації (робочих проек­тів на будівництво об'єктів як виробничого, так і соціально-побутового призначення, робочої документації, кошторисної документації"), а також технічні вимоги до неї та порядок її узгодження і затвердження визначаються відповідно до Інструкції про склад, порядок розробки, узгодження і затвер­дження проектно-кошторисної документації на будівництво підприємств, будов і споруд, яка затверджена постановою

Договори підряду в капітальному будівництві\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_469

Держбуду СРСР від 23 грудня 1985 р., введена в дію з 1 січня 1986 р. і є чинною.

Проектування може здійснюватися за дві стадії (технічний проект, робочі креслення) або за одну стадію (техноробочий проект — технічний проект, поєднаний з робочими креслен­нями).

**Сторони у договорі. Порядок укладення договору.** Як у будь-якому підрядному договорі, у договорі на виконання проектних і розвідувальних робіт сторонами є замовник і під­рядчик. Якщо підрядчик увесь обсяг договірних робіт виконує власними силами, залучаючи до цього інші спеціалізовані організації, то використовується складна структура договір­них робіт, якою охоплюється замовник, генеральний підряд­чик (провідна підрядна організація), а також субпідрядчик.

За умов планового характеру договору замовником проектних робіт, виконуваних за рахунок коштів капітального будівництва або бюджетних асигнувань, виступала організа­ція, якій були виділені ці кошти. В інших випадках, коли роботи виконували за рахунок коштів від основної діяльності дер­жавних підприємств або власних коштів кооперативної, гро­мадської або іншої організації-власника (господарської асоціації, акціонерного товариства, орендного підприємства тощо), замовником виступала будь-яка організація, яка наді­лена правами юридичної особи. Нині у питаннях правового регулювання суб'єктного складу договору на виконання про­ектних і розвідувальних робіт знято обмеження щодо участі окремих громадян як на стороні замовника, так і на стороні підрядчика. Учасниками такого договору в принципі можуть бути будь-які особи.

У разі проектування об'єктів, спільних для групи підпри­ємств, замовником проектної документації виступає голов­ний забудовник — найбільше підприємство серед підпри­ємств-забудовників. Головний забудовник затверджується відповідним міністерством, якщо будівництво здійснюється за рахунок державних асигнувань, або за згодою забудов­ників — в інших випадках.

Підрядчиком щодо виготовлення проектно-кошторисної документації в усіх випадках є проектна (розвідувальна) організація, для якої така робота становить зміст виробничої діяльності. Якщо при виконанні робіт застосовується система генерального підряду, то генеральний підрядчик (провідна

470 Глава18

проектна організація) здійснює функції замовника по вико­нанню певного обсягу робіт, який передається іншій проектній організації на підставі окремого договору. Правовий статус проектної організації, як правило, визначається норматив­ним актом та її статусом.

Договори на виконання проектних і розвідувальних робіт укладаються на весь період проектування. Якщо виникає по­треба уточнити обсяг робіт на наступний рік або додатково внести непередбачені раніше роботи, то між сторонами укла­дається додаткова угода.

При незначних обсягах проектних робіт та їх невеликій вартості замовник подає підрядчикові — проектній органі­зації — письмову заявку з гарантією оплати, і на цій підставі підрядчик починає виконувати роботи.

У договорі зазначаються строк і вартість виконання робіт, а у тих випадках, коли виконання передбачених договором робіт виходить за межі календарного року, в договорі також встановлюються обсяги і вартість робіт на перший рік. До до­говору додаються як його невід'ємна частина кошторис на передбачені договором проектно-розвідувальні роботи, довідка замовника про забезпечення фінансування цих робіт, графік строків надання замовником необхідних для проекту­вання вихідних даних і строків закінчення передбачених до­говорами робіт і в необхідних випадках документ про особливі умови виконання проектних робіт, а також додається завдан­ня на проектування.

Відповідно до ст. 10 Арбітражного процесуального кодексу України розбіжності, що виникають під час укладення госпо­дарських договорів, розглядають керівники підприємств та організацій або уповноважені ними особи.

За наявності заперечень щодо умов договору сторона, яка одержала проект договору, складає протокол розбіжностей, про що робиться позначка в договорі, і у 20-денний строк на­правляє другій стороні два примірники протоколу розбіж­ностей разом з підписаним договором.

Сторона, яка одержала протокол розбіжностей, зобов'я­зана також протягом 20 днів розглянути його, докласти зусиль до врегулювання розбіжностей з другою стороною, ввести в договір усі прийняті пропозиції, а ті, що залишилися неврегульованими, передати в той самий строк на вирішення арбітражного суду,

***471***

Договори підряду в капітальному будівництві

Якщо сторона, що одержала протокол розбіжностей, щодо умов договору, який оснований на державному замовленні, не передасть неврегульовані розбіжності на розгляд арбітражного суду у встановлений строк, пропозиції іншої сто­рони вважаються такими, що прийняті. В інших випадках договір вважається не укладеним.

**Зміст договору. Права та обов'язки замовника.** Відпо­відно до договору на виконання проектних і розвідувальних робіт на замовника покладається обов'язок забезпечити підрядчикові можливість виконання робіт у строки, передба­чені договором, а також у визначеному обсязі надати підряд­ній організації необхідні для проектування вихідні дані.

Замовник також зобов'язаний протягом п'яти днів з дня підписання договору визначити свого відповідального предс­тавника і повідомити про це підрядчика. На відповідальну особу покладаються обов'язки, пов'язані з прийманням вико­наних робіт, а також координація поточних питань виконання проектних робіт.

Якщо договір передбачає виконання розвідувальних робіт, у разі потреби замовник також зобов'язаний надати підряд­чикові робочу силу, будівельні матеріали, транспортні засоби, приміщення для зберігання інструментів і матеріалів. Ці пос­луги надаються за договірними цінами.

У тому разі, коли проектні роботи виконуються на місці будівництва, замовник має безоплатно надати робочі примі­щення, а також з оплатою у встановлених розмірах житлові приміщення для розміщення проектувальників.

На замовника покладається обов'язок одержання відпо­відних документів про відчуження і відведення земельних ділянок, а також оформлення права проведення вирубок лісу під час виконання розвідувальних робіт (у тому числі й одер­жання відповідних документів).

Замовник зобов'язаний забезпечити затвердження вико­наних підрядчиком проектних робіт і повідомити проектуваль­ника про розгляд документації, що її затверджує, не пізніше як за 5 днів до встановленого строку.

Як і за будь-яким сплатним договором, замовник повинен своєчасно оплатити рахунки за виконані роботи. Крім того, замовник має розрахуватися з підрядчиком за всі виконані роботи в разі їх припинення або консервування, а також компенсувати

**472 *Глава18***

підрядчикові всі його додаткові витрати, спричинені припиненням робіт.

Права замовника полягають у тому, що він може вимагати від проектної організації—підрядчика виконання всіх покла­дених на нього договором обов'язків.

**Права та обов'язки підрядчика.** Згідно з договором підряду проектна організація зобов'язана виконати проектні роботи в межах установлених строків і вартості, якщо інше не зазначено в договорі. Протягом п'яти днів з дня підписання договору проектна організація повинна призначити головно­го інженера проекту (головного архітектора), який є відпові­дальним представником проектної організації з питань, пов'я­заних з виконанням передбачених договором робіт, і повідо­мити про це призначення замовника. Підрядчик повинен погодити виконувані роботи із зацікавленими організаціями, а також захищати їх у відповідних інстанціях, де вони затвер­джуються. Підрядчик зобов'язаний забезпечити належну якість документації і всіх виконаних робіт, відповідність їх ус­тановленим технічним вимогам. Проектна організація на ви­могу замовника зобов'язана своїми силами і за свій рахунок усунути всі виявлені недоліки в роботах, які було виконано.

**Відповідальність сторін.** За невиконання або неналежне виконання обов'язків, покладених на них договором, сторони несуть взаємну майнову відповідальність як у формі сплати неустойок, так і у формі відшкодування збитків. Генеральний підрядчик відповідає перед замовником за виконання всіх умов, передбачених договором або додатковою угодою. Таку саму відповідальність перед генеральним підрядчиком несе субпідрядчик.

Якщо порушено строки виконання робіт встановлені дого­вором, генеральний підрядчик сплачує замовникові, а субпідрядчик — генеральному підрядчикові за кожний простроче­ний день, але не більш як за ЗО днів, пеню у розмірі 0,01 від­сотків від вартості робіт, не виконаних у встановлений дого­вором строк. У разі прострочення виконання робіт понад ЗО днів подальше нарахування пені припиняється, і генераль­ний підрядчик (субпідрядчик) сплачує замовникові — гене­ральному підрядчикові неустойку в розмірі 1 відсотка від вар­тості робіт за договором.

Замовник несе відповідальність перед генеральним підрядчиком за передачу вихідних даних у строки, передбачені

Договори підряду в капітальному будівництві 473

договором, та за своєчасну оплату рахунків генерально­го підрядчика й акцептованих ним рахунків субпідрядчика за роботи, виконані за договором. Якщо ці строки порушено, за­мовник сплачує підрядчикові (субпідрядникові) за кожний прострочений день, однак не більш ніж за ЗО днів, пеню в розмірі 0,01 відсотка від вартості робіт, не виконаних через несвоєчасне надання даних для проектування. У разі прост­рочення понад ЗО днів подальше нарахування пені припи­няється, і замовник одноразово сплачує неустойку в розмірі 1 відсотка від вартості відповідних робіт.

Коли замовник прострочив платежі генеральному підряд­чикові або його субпідрядчикам, він сплачує їм пеню в розмірі 0,01 відсотка від суми простроченого платежу. Аналогічні санкції застосовуються до замовника і в тих випадках, коли проектні роботи виконуються на його письмове замовлення.

Такі види і розміри неустойки випливають з Правил про до­говори на виконання проектних і розвідувальних робіт. Вони є чинними для випадків, коли проектування здійснюється в межах державного замовлення. В інших випадках сторони можуть визначати в договорі будь-які розміри неустойки за порушення окремих зобов'язань (у тому числі формулювати їх з урахуванням Правил).

Проектна організація відшкодовує замовникові фактичні збитки, завдані неналежною якістю проектної документації, в сумі, що не покривається неустойкою, але не більше ніж вартість передбачених договором проектних робіт. Встанов­лена на цей випадок неустойка має бути в межах 4 відсотків від вартості робіт, які підлягають виправленню. Неустойка стягується у випадку, якщо підрядчик не усуне недоліки в роботах у зазначені сторонами строки.

**§ 6. Договір на виконання будівельних і монтажних робіт. Договір субпідряду**

**Поняття та предмет договору.** Договір підряду на капітальне будівництво — це угода між замовни­ком і підрядчиком, відповідно до якої організація-підрядчик зобов'язана збудувати передбачений договором об'єкт згідно

474 Глава 18

з проектно-кошторисною документацією в обумовлені дого­вором строки, а організація-замовник зобов'язана забезпе­чити належні умови для будівництва (передати проектно-кош­торисну документацію, своєчасно забезпечити фінансуван­ня, оформити потрібні дозволи тощо, а також прийняти збу­дований об'єкт і оплатити його вартість за кошторисом. Цей договір укладається як між юридичними особами, так і з учас­тю громадян, і має консенсуальний, двосторонній і сплатний характер (як і договір на виконання проектних і розвідуваль­них робіт).

Предметом договору є збудований відповідно до затвер­дженої документації об'єкт, зданий державній комісії і підго­товлений до експлуатації.

Визначення предмета договору підряду протягом тривало­го періоду викликало в юридичній літературі жваві суперечки. Більшість авторів наполягали на тому, що предметом догово­ру підряду на капітальне будівництво є результат будівельних та інших суміжних робіт, тобто об'єкт будівництва. Деякі, на­впаки, вважали, що предмет договору — це власне процес виконання робіт або ще ширше—діяльність підрядчика, спря­мована на створення об'єкта та його здачу. Припускалася й можливість подвійного предмета, тобто такого, який скла­дається з двох елементів: виконання робіт і їх результату. Ці основні напрями дискусії зазнавали різних модифікацій.

Очевидною підставою для таких дискусій була позиція за­конодавства, яке у договорі підряду на капітальне будівництво (на відміну від інших підрядних договорів) ризик випадкової загибелі предмета договору поклало не на підрядчика, а на замовника. Однак це положення, яке викликало справедливу критику, було скасоване з прийняттям Правил про договори підряду на капітальне будівництво від 26 грудня 1986 р. За таких умов ^немає будь-яких підстав для того, щоб предмет підрядного договору в будівництві визначати інакше, ніж у за­гальному договорі підряду, а саме — як результат будів­ництва. Така позиція підтверджується і п. 2.5 Положення про підрядні контракти в будівництві, згідно з яким замовник виступає покупцем виконаних підрядчиком робіт.

Підрядний контракт розглядається як основний документ, що забезпечує узгоджену діяльність учасників будівництва.

***Договори підряду в капітальному будівництві* 475**

Він складається на весь період будівництва з уточненням у разі потреби окремих умов шляхом укладення додаткових

угод.

Головними принципами укладення і виконання підрядних контрактів є: врахування і додержання чинного законодавст­ва, економічна самостійність і незалежність учасників; чітке розмежування в контракті прав та обов'язків сторін, майнова відповідальність за невиконання або неналежне виконання договірних зобов'язань.

**Сторони у договорі. Порядок укладення договору.** За чинним законодавством сторони в договорі на виконання будівельних робіт — замовник і підрядчик — це організації, наділені правами юридичної особи, або громадяни (фізичні особи).

Відповідно до п. 2.7 Положення про підрядні контракти в будівництві України підрядчиком можуть бути юридичні та фізичні особи, що одержали у встановленому порядку ліцен­зію на проведення будівельної діяльності, або посередницькі, управлінські, консультаційні та інші подібні структури, що без­посередньо здійснють підбір виконавців, укладають з ними контракти, координують їх діяльність, забезпечують здачу об'єктів в експлуатацію.

Договір може мати складну структуру договірних зв'язків, тобто укладатися за системою генерального підряду. Замов­ник укладає договір з генеральним підрядчиком, який частко­во виконує роботи (як правило, загальнобудівельні) своїми силами і засобами, а певний обсяг робіт передає за догово­ром субпідряду іншій спеціалізованій монтажній організації. Генеральний підрядчик самостійно врегульовує відносини з субпідрядчиком і відповідає за його дії перед замовником.

Замовником виступає та юридична або фізична особа, для якої будується об'єкт. Якщо предметом договору є новобудо­ва, то замовником буде дирекція підприємства, що будується. У тих випадках, коли договір укладається на реконструкцію, розширення або технічне переозброєння об'єкта, замовни­ком виступає підприємство.

Замовником об'єктів житлового фонду в містах є відділ капітального будівництва виконкому міської ради народних депутатів. Якщо замовник і інвестор є різними особами, функ­ції замовника доручаються посередницьким, управлінським,

***476***

Глава іа

консультаційним та іншим подібним структурам. Повнова­ження інвестора і замовника в цьому разі мають бути чітко розмежовані. Інвестор може залишити за собою право розв'язання основних питань будівництва об'єкта: визначен­ня ціни і строків здачі в експлуатацію. Повноваження інвес­тора і замовника розмежовуються, як правило, шляхом укла­дення між ними договору або іншої угоди.

Укладенню договору підряду на капітальне будівництво передує велика підготовча робота, яка передбачає затверд­ження титульних списків будови, проектно-кошторисної доку­ментації, забезпечення фінансування будівництва об'єкта тощо.

Титульний список будови — це поіменний перелік об'єктів, що будуються (або реконструюються, розширюються, техніч­но переозброюються), із зазначенням їхньої потужності, основних фондів, обсягу капіталовкладень і будівельно-мон­тажних робіт, а також строків будівництва. До недавнього часу внесення будови до титульного списку визначалося як набуття цією будовою планового характеру, тому і титульний список розглядався як планова передумова укладення до­говору.

Наявність проектно-кошторисної документації в обсязі, встановленому Правилами про договори підряду на капітальне будівництво, також важлива передумова укладен­ня договору. В попередньому параграфі ми розглянули поря­док виготовлення проектно-кошторисної документації. За­значимо, що замовник зобов'язаний передати генеральному підрядчикові передбачену документацію не пізніше 1 червня року, який передує планованому (якщо інший строк не визна­чений у договорі), тобто ще до укладення договору підряду. Крім проектно-кошторисної документації, замовник має також передати генеральному підрядчикові документацію, необхідну для складання проекту договору: затверджений титульний список будови, графік передачі устаткування, матеріалів і виробів на перший рік будівництва, графік вико­нання пусконалагоджувальних робіт, графік суміщення буді­вельно-монтажних робіт і виробничих процесів основної виробничої діяльності, копію державного акта на право користування землею та ін.

***Договори підряду в капітальному будівництві 477***

Генеральний підрядчик зобов'язаний у 20-денний строк з дня одержання цієї документації розглянути її спільно із суб-підрядчиком, скласти і надати замовникові проект договору підряду на капітальне будівництво. Цей договір укладається на весь період будівництва, але обсяги поточних робіт щороку уточнюються сторонами у квартальних завданнях.

В умовах ринкової економіки з метою забезпечення ефективного використання капітальних вкладень, створення конкурентного середовища для розміщення замовлень і укла­дення підрядних контрактів, підвищення якості будівництва, запобігання економічно не обгрунтованому завищенню цін на будівельну продукцію та скорочення строків будівництва об'єктів в Україні запроваджено систему проведення конкур­сів (тендерів) у будівництві.

Порядок організації та проведення конкурсів (тендерів) на виконання робіт українськими підприємствами усіх форм власності під час будівництва нових, розширення, реконст­рукції, технічного переозброєння, ремонту та реставрації діючих підприємств та об'єктів житлово-цивільного призна­чення регламентується Положенням про проведення конкур­сів (тендерів) у будівництві, яке затверджене постановою Кабінету Міністрів України від 9 січня 1996 р. № 25.

При залученні до участі у тендері суб'єктів іноземного походження порядок організації та проведення конкурсів у будівництві регулюється Положенням про порядок організації та проведення міжнародних торгів (тендерів) у сфері держав­них закупівель товарів (робіт, послуг) іноземного походжен­ня, затвердженим постановою Кабінету Міністрів України від 28 червня 1997 р. Nа 694.

Порядок укладення договору підряду на капітальне бу­дівництво визначається загальними положеннями про укладення цивільно-правових договорів. У разі виникнення розбіжностей вони регулюються ст. 10 Арбітражного проце­суального кодексу України, зміст якої розглянуто в поперед­ньому параграфі.

**Зміст договору. Права та обов'язки замовника.** Зміст договору підряду на капітальне будівництво становлять його умови про права та обов'язки сторін. Оскільки цей договір є двостороннім, то в ньому обидві сторони наділені і правами, і обов'язками.

478 Глава Тв

Досить широке коло обов'язків покладено на замовника. Він повинен у строки, визначені нормативне або за догово­ром, надати генеральному підрядчикові проектно-кошторис­ну та іншу документацію, передати йому майданчик для будів­ництва підприємства, забезпечити своєчасне відкриття і безперервність фінансування будівництва та оплату виконан­ня будівельно-монтажних робіт. Замовник повинен відповід­но до графіка, узгодженого із строками виконання будівель­но-монтажних робіт і введення в дію завершених об'єктів, комплексно передати генеральному підрядчикові устат­кування, матеріали, вироби, обов'язок поставки яких покла­дено на замовника. Якщо замовник укладає договори на мон­таж устаткування безпосередньо з монтажними, спеціалізо­ваними організаціями, машинобудівними підприємствами (об'єднаннями), а також із пусконалагоджувальними органі­заціями, то замовник має забезпечити виконання цих робіт у погодженні з генеральним підрядчиком строки.

Замовник повинен своєчасно укомплектувати об'єкти, які підлягають введенню в дію, кадрами, забезпечити ці об'єкти сировиною та енергоресурсами, провести комплексне випробування устаткування, прийняти від генерального підрядчика за актом закінчені об'єкти, разом з іншими учасниками інвестиційного процесу ввести їх у дію у встанов­лені строки та провести за них розрахунки. Саме на за­мовника покладено обов'язок забезпечення "життєздатності" об'єкта — приєднання прокладених нових мереж водо-, газо-і паропроводів, каналізації, залізничних колій, кабельних ліній та інших комунікацій до діючих мереж і ліній.

На замовника покладено також контроль і технічний нагляд за відповідністю обсягу і вартості виконаних робіт проектам, кошторисам та будівельним нормам і правилам, а матеріалів і конструкцій — державним стандартам і технічним умовам. Під час здійснення контрольних функцій замовник не повинен втручатися в оперативно-господарську діяльність підрядчика. Якщо замовник виявить відхилення від умов договору, за­твердженої проектно-кошторисної документації, будівельних норм і правил, він видає підрядчикові розпорядження про усу­нення допущених відхилень, а в разі потреби припиняє будівельні роботи і затримує їх оплату до усунення відхилень Що стосується прав замовника, то вони, як і в будь-яком

Договори підряду в капітальному будівництві\_\_\_\_\_\_\_\_\_470

двосторонньому договорі, узгоджуються з обов'язками конт­рагента, тобто генерального підрядчика.

**Права та обов'язки генерального підрядчика.** Гене­ральний підрядчик зобов'язаний збудувати передбачений до­говором об'єкт відповідно до проектно-кошторисної докумен­тації, забезпечити виконання будівельно-монтажних робіт відповідно до будівельних норм і правил, провести індиві­дуальне випробування змонтованого ним устаткування, взяти участь у комплексному випробуванні устаткування, здати робочій комісії закінчені об'єкти будівництва, підготов­лені до випуску продукції і надання послуг, а також забезпе­чити разом із замовником і субпідрядними організаціями вве­дення їх у дію у встановлені строки.

Генеральний підрядчик має забезпечити виконання буді­вельно-монтажних робіт згідно з графіком, складеним з ура­хуванням норм тривалості будівництва і узгодженим із замов­ником та субпідрядними організаціями.

Генеральний підрядчик повинен координувати дії усіх учасників будівництва, його рішення з приводу виконання за­тверджених планів і графіків виробництва будівельно-мон­тажних робіт є обов'язковими для всіх учасників будівництва незалежно від їх відомчої належності.

Генеральний підрядчик гарантує якість виконаних робіт протягом певного часу (гарантійного строку). Гарантійні строки у будівництві залежать від виду будівельно-монтажних робіт, вони встановлені нормативне, але за домовленістю мо­жуть збільшуватися. Підрядчик зобов'язаний за свій рахунок усунути дефекти, допущені з його вини у виконаних роботах, якщо їх виявлено протягом гарантійного строку. Для загальнобудівельних робіт гарантійний строк становить один рік, для систем центрального опалення — один сезон. Підряд­чик, який веде будівництво жилих будинків, зобов'язаний за свій рахунок усунути дефекти, допущені з його вини, якщо їх виявлено протягом дворічного гарантійного строку з дня прийняття жилого будинку в експлуатацію (незалежно від виду робіт).

Права генерального підрядчика полягають у тому, що він може вимагати від замовника безумовного виконання всіх покладених на нього Правилами та іншими нормативними

актами, а також договором обов’язків і створення належних умов для здійснення будівельно - монтажних робіт.

*б)* затримка початку приймання підприємства, будови, **спо­руди, окремих** черг, **пускових комплексів, а також об'єктів, які підлягають здачі в експлуатацію до повного завершення будівництва, — у вигляді пені;**

г) затримку розрахунків за виконані будівельно-монтажні роботи у разі консервації об'єктів і приймання законсервова­них робіт — у вигляді пені за кожний день прострочення;

д) незабезпечення в погоджені з підрядчиками строки виконання робіт за договором підряду, укладеним безпосе­редньо з монтажними або іншими спеціалізованими органі­заціями, машинобудівними підприємствами, а також пуско­налагоджувальними організаціями, — у вигляді неустойки певного розміру за кожний день прострочення.

Підрядчик також може нести майнову відповідальність у разі порушення інших договірних обов'язків. Так, на підрядчика може покладатись відповідальність за:

а) несвоєчасне закінчення з вини підрядчика будівництва договірних об'єктів — у вигляді пені за кожний день простро­чення;

б) порушення строків здачі площ під монтаж обладнання, який повинні здійснювати машинобудівні підприємства або інші спеціалізовані організації за договорами підряду, укла­деними із замовником, — у вигляді пені за кожний день про­строчення.

Крім того, якщо у визначені гарантійні строки підрядчик не усуне недоліки, то замовник може стягнути з нього додаткову неустойку.

Під час укладення договору сторони можуть самостійно встановлювати неустойки за порушення будь-яких договірних зобов'язань, а також на свій розсуд визначати їх розмір і порядок нарахування.

Крім передбачених договорами неустойок, сторона, що порушила зобов'язання, повинна відшкодувати збитки, які **не** покриваються сплаченою неустойкою, якщо ці збитки виразилися

**договори *підряду в капітальному будівництві 4ВЗ***

у зроблених іншою стороною витратах, у втраті або пошкодженні її майна. Таке правило закріплено у ст. 356 ЦК України. Воно обмежує можливість сторін стягнути збитки у повному обсязі, тобто з урахуванням упущеної вигоди, і тому не раз піддавалося в літературі гострій критиці як таке, що не відповідає інтересам потерпілої сторони (це особливо важли­во в умовах формування ринкових відносин).

Зважаючи на те, що через інфляцію і нестабільність в економіці сторони в договорі не можуть повною мірою захистити свої інтереси шляхом встановлення неустойок за порушення умов договору, це обмеження доцільно в подаль­шому зняти.

Саме на такій позиції стоїть проект ЦК України, який передбачає і для договору будівельного підряду також за­гальні правила щодо умов та обсягу відповідальності підряд­чика, тобто без обмежень, встановлених ст. 356 ЦК України,

Глава 19. Договори про виконання науково-дослідних, дослідно-конструкторських технологічних робіт

**§ 1. Роль та значення договорів про виконання науково-дослідних, дослідно-конструкторських і технологічних робіт**

В умовах переходу України до ринкової економіки зростає роль і значення договорів взагалі як пра­вового засобу регулювання майнових відносин у суспільстві. Проте і в минулі часи договір досить широко застосовувався у цивільному обороті, хоч його значення за планово-розпо­дільчої системи було істотно принижене. Але якщо вести мову про правове регулювання відносин у галузі науково-дослідної та конструкторсько-технологічної діяльності, то в зазначеній царині договір майже не застосовувався як правовий регу­лятор. Усі відносини в цій галузі визначалися плановим завданням.

Відсутність договірно-правового регулювання суспільних відносин у науково-технічній діяльності зумовила настання досить серйозних негативних наслідків. Планове завдання не завжди своєчасно забезпечувалося фінансовими та мате­ріальними ресурсами, процвітала взаємоамністія, майже не застосовувалися цивільно-правові санкції тощо. Зазначені фактори зумовили потребу радикального поліпшення право­вого регулювання у цій галузі діяльності. Тому керівництво колишнього СРСР змушене було вжити ряд необхідних захо-

Договори про виконання наукових робіт 4в5

дів для підвищення ефективності науково-технічної діяль­ності. Серед цих заходів було визнання договору як основної форми врегулювання відносин у зазначеній галузі.

Науково-технічна діяльність — це науково-дослідна твор­чість і перетворення її результатів на безпосередньо про­дуктивну силу. Це, безумовно, творча діяльність, спрямована на пізнання навколишнього середовища і використання нако­пичених знань для потреб людини. Результати цієї діяльності і становлять предмет договорів на їх створення і використан­ня. Коло цих результатів необмежене, і з розвитком науки і техніки воно безперечно розширюватиметься. Сьогодні — це будь-які результати технічної творчості — винаходи, корисні моделі, промислові зразки, ноу-хау, селекційні досягнення, науково-технічна інформація та інші об'єктивні результати безмежної науково-технічної творчості людини.

В умовах ринкової економіки суспільні відносини по ство­ренню і використанню науково-технічних досягнень регу­люються цивільно-правовими договорами. Це визначається політикою держави в галузі науки і техніки в період переходу до ринкової економіки, до регульованого ринку. Науково-дослідні, дослідно-конструкторські, конструкторсько-техноло­гічні організації у нових умовах господарювання переведено на повний господарський розрахунок і самоокупність.

Ринкова економіка надає широкі можливості для реалізації своїх знань і здібностей. Нова Конституція України гарантує громадянам свободу літературної, художньої, наукової і тех­нічної творчості, забезпечує надійний захист інтелектуальної власності, їхніх авторських, моральних і матеріальних інтере­сів, що виникають у зв'язку з різними видами інтелектуальної діяльності. Держава всіляко сприяє розвиткові науки і техніки (ст. 54 Конституції України).

У галузі науки держава бере на себе фінансування фунда­ментальних досліджень і підтримку необхідних для їх здійс­нення структур, найважливіших організацій, що забезпечують розвиток сучасних технологій та перспективних розробок, здатних революціонізувати технологію у галузях народного господарства.

При цьому перетворення, що проводяться у галузі науки, мають здійснюватися на основі нерозривної єдності політич­них перетворень суспільства, економічних реформ і приско­рення науково-технічного прогресу. Тому важливо врахува-

486 Глава 18

ти, щоб при переході до ринку не допустити розтринькування науково-технічного потенціалу, особливо в частині, що забез­печує розвиток довготривалих, стратегічно важливих для України напрямів. З одного боку, головним критерієм еконо­мічних заходів по формуванню ринкових відносин має бути їх вплив на підвищення сприйнятливості виробництва до науко­во-технічних досягнень, стимулювання творчої ініціативи і підприємництва, з другого— необхідно посилити роль держа­ви у збереженні інтелектуального потенціалу, розвиток пріоритетних напрямів науково-технічного прогресу, особли­во в перехідний період.

У той же час переважна більшість прикладних досліджень і розробок провадитиметься на комерційних засадах. Фор­мується ринок науково-технічної продукції, проводиться реорганізація системи установ, які здійснюють науково-технічну діяльність.

Саме наукові організації несуть всю повноту відповідаль­ності за реалізацію у дослідженнях і розробках перспективних вимог до технічного рівня і якості продукції (робіт і послуг), їх відповідність світовим стандартам і конкурентоздатність на світовому і внутрішньому ринку. Чинне законодавство об'єд­нало результати науково-технічної творчості в одному понятті "науково-технічна продукція" і визнало її товаром. Основни­ми джерелами науково-технічного і соціального розвитку та матеріального стимулювання (оплати праці) науково-дослід­ної чи проектно-конструкторської організації має стати її прибуток (доход).

З метою підвищити відповідальність науково-дослідних і проектно-конструкторських організацій у своєчасному задо­воленні вимог замовника та посилити роль споживача у ви­значенні тематики, науково-технічного рівня, якості і строків виконання досліджень і розробок необхідно радикально підняти роль договірних відносин. Договір має стати основним документом, що регламентує відносини науково-технічних організацій із замовниками науково-технічної продукції.

Слід відзначити, що чинний ЦК України не містить норм, які б регулювали відносини між зазначеними сторонами. Ці відносини регулювалися тільки союзним законодавством. Відповідного законодавства Україна поки що не має. При викладенні навчального матеріалу щодо цих відносин ми ке-руватимимося нормами проекту ЦК України.

Договори про виконання наукових робіт 487

Договори на виконання науково-дослідних і конструк­торських робіт1 дуже близькі до підрядних договорів. Тому їх іноді відносять до останніх. Між ними справді багато спільного. Передусім, як і у підрядних, у зазначених догово­рах йдеться про виконання певної роботи. Тому сторони так і називаються — виконавець (підрядчик) і замовник. Проте характер робіт, що виконуються за цими договорами, і особливо їх результати, настільки відрізняються, що звести підрядні і договори на виконання науково-технічних робіт до одного типу договорів немає підстав.

Так, наприклад, предметом договору підряду завжди є зви­чайні господарські, виробничі і тому подібні роботи. Іншими словами, виконання обумовлених договором підряду робіт належить за своїм характером до основного виду виробничої діяльності підрядчика. Він виконує лише ті роботи, для вико­нання яких створено дану підрядну організацію. Це має зна­чення для чіткого визначення умов договору підряду, оскільки протягом тривалого часу вироблено певні стандарти щодо того чи іншого виду робіт, які постійно повторюються. У підрядних договорах на виконання звичайної роботи завжди мають бути чітко передбачені конкретні результати цих робіт, чого немає у договорах на виконання науково-технічних робіт. Предметом договору на виконання науково-технічних робіт є науково-дослідні, проектно-конструкторські, техноло­гічні та інші роботи, результати яких не завжди можна перед­бачити. Якщо у договорах на виконання конструкторських чи технологічних робіт цей результат ще можна певним чином передбачити, то у договорах на виконання науково-дослідних робіт напевне визначити, який результат можна очікувати

Переклад російського вислову "научно-исследовательские и опьітно-конструкторские работьі\* українською мовою — 'науково-дослідні і дослідно-конструкторські роботи". Проте, такий переклад не точно відображає зміст зазначеного вислову. Іноді цей вислів перекладають як "науково-дослідні і пошуково-конструкторські роботи". У Законі України "Про основи державної політики в сфері науки і науково-технічної Діяльності" вживається виспів "науково-технічна діяльність', цю включає фундаментальні і прикладні наукові дослідження, а також доведення результатів до стадії їх практичного використання (п. З ст. 1). Оскільки науково-технічна діяльність за своїм змістом відповідає вислову "науково-технічні роботи" (діяльність — це і є робота), то вважаємо, що замість вислову "науково-дослідні, дослідно-конструкторські і технологічні роботи" краще вживати "науково-технічні роботи".

488 Глава 19

внаслідок здійснення їх, сказати важко. Цей результат може бути абсолютно протилежний очікуваному. Але негативний результат також вважається виконанням договору, за що треба платити. Якщо за договором підряду буде збудовано будинок, проживання в якому, наприклад, небезпечне для життя, то договір не можна вважати виконаним, бо не вико­нано умови договору.

Отже, у договорі на виконання науково-дослідних чи інших науково-технічних робіт предметом договору є творчий пошук, результат якого заздалегідь передбачити неможливо. Безумовно, сторони у зазначених договорах можуть і зобо­в'язані чітко формулювати основні вимоги, яким має відпо­відати наукова розробка, зразки чи технологія, що створю­ються відповідно до укладених договорів. Проте виконавці за­значених робіт напевне не можуть гарантувати досягнення очікуваних результатів. Як уже зазначалося, одержання в результаті здійснення обумовлених договором робіт не того результату, який був запрограмований, не є порушенням до­говору. Цей негативний результат має розглядатися як один із можливих варіантів виконання договору.

Наведені фактори обумовлюють різний зміст прав та обов'язків цих двох типів договорів, а також різну відповідаль­ність сторін. У договорах на виконання науково-дослідних робіт ризик неможливості одержати очікуваний результат лежить на замовникові. У підрядних договорах ризик випад­кової неможливості передати замовникові готовий результат роботи лежить на підрядчику — немає результату, немає оплати.

Ще одна досить важлива особливість договорів на виконан­ня науково-технічних робіт полягає в тому, що у процесі вико­нання цих робіт можуть бути одержані результати, які мають ознаки об'єктів права інтелектуальної власності. Це можуть бути наукові твори (об'єкти авторського права), винаходи, промислові зразки, корисні моделі, секрети виробництва (об'єкти права промислової власності), умови використання яких визначаються законодавством, а не договорами. Такі результати не можна одержати внаслідок виконання підряд­них договорів. Усі наведені особливості договорів на виконан­ня науково-технічних робіт дають підставу визнати їх са­мостійним типом договорів.

Договори про виконання наукових робіт 489

Договори на виконання науково-технічних робіт дещо подібні до ліцензійних договорів. Обидва типи договорів опосередковують відносини по використанню результатів науково-технічної діяльності. Проте між ними є істотна відмінність, яка полягає в різних предметах договору. Пред­мет ліцензійного договору — готові результати науково-тех­нічної діяльності, які мають бути передані третім особам для використання. Предмет договору на виконання науково-технічних робіт — лише розробка, створення цих самих результатів.

Різні предмети зазначених типів договорів зумовлюють різний зміст прав та обов'язків сторін, їх відповідальності тощо.

За своїм змістом до договорів на виконання науково-тех­нічних робіт наближаються авторські договори на створення наукових творів. Проте вони різняться між собою передусім метою. Авторській договір спрямований на придбання прав на використання наукового твору, який буде створено у май­бутньому, на його використання і розповсюдження, переклад тощо. Мета договорів на виконання науково-технічних робіт полягає в тому, щоб силами виконавця розв'язати певні наукові проблеми, які виникли у практичній діяльності за­мовника.

**Істотні умови договору на виконання науково-техніч­них робіт.** Такими умовами є предмет, сторони, ціна та строки. Безумовно, сторони можуть передбачити й інші умови аби лише вони не суперечили чинному законодавству. Такі умови можуть бути найрізноманітніші, але вони головним чином обумовлюються характером науково-технічних робіт. Так, у договорах на виконання дослідно-конструкторських робіт мають бути передбачені технічні параметри, яким має відповідати та чи інша розробка.

Великі за обсягом роботи можуть виконуватися поетапно, що також має бути передбачено у договорі.

Предметом договорів на виконання науково-технічних робіт є не сам процес роботи, а її результат. Мета зазначених договорів — досягнути саме бажаного результату і передати його замовникові. Варто мати на увазі, що серед дослідників з цього приводу немає одностайної думки: одні вважають, що предметом договору є не результат, а роботи як такі, тобто сам процес, інші — саме результат, а не роботи як такі.

***400***

***Глава 10***

Так, автори коментаря до другої частини ЦК Російської Федерації вважають предметом договору "роботи як такі", а не результат1. Автори російського підручника "Цивільне право" предметом договору визнають саме результат зазна­чених робіт, а не їх процес2. Підставу для такого висновку дають відповідні статті Цивільного кодексу РФ3.

У проекті ЦК України хоч прямо не йдеться про предмет договору, але аналіз § 5 глави 60 дає підставу зробити висно­вок, що предметом договорів на виконання науково-технічних робіт є саме результат зазначених робп4. Автори підручника "Радянське цивільне право", виданого в Україні, також вважають, що предметом зазначених договорів є саме результат, а не роботи як такі6. Вважаємо, що для такого висновку є досить серйозні підстави. Замовника інтересує передусім саме результат виконаних робіт, який би він не був — позитивний чи негативний. Замовнику важливо знати, які наслідки можуть настати, скажімо, при тривалому вико­ристанні певного матеріалу чи будь-якої операції, при високій чи низькій температурі тощо. Отже, предметом договорів на виконання науково-технічних робіт є саме їх результат, а не процес одержання цього результату, хоч і не виключається останнє. Замовника може інтересувати саме процес одер­жання того чи іншого результату тобто його технологія, але ж предметом договору буде відповідь на поставлене завдання замовника — як досягти того чи іншого наслідку, тобто результат.

Результатом виконання науково-дослідних, проектно-кон­структорських, технологічних і тому подібних робіт буде роз-

Див.: Комментарий части второй Гражданскосо кодекса Российской Федерации *(Братнський М.И.* й др.). — М., 1996. — С. 180; Гражданский кодекс Российской Федерации. Ч. 2. Текст, комментарий, алфавитно-пред-метньїй указатель / Под-ред. О.М. Козьірь, А.Л. Маковского, СЛ Хохло-ва. — М., 1996. — С. 387.

2 Див.: Гражданское право: Учебник. — Ч. 2 / Под ред. А.П. Сергеева, Ю.К. Толстого. — М., 1997. — С. 365.

Див.: Комментарий части второй Гражданского кодекса Российской Федерации. — Статті 772—775, 778.

4 Див.: Цивільний кодекс України. Проект від 25 серпня 1996 р. // Українське право. — Ч. 2. — К„ 1996. — С. 296—298.

Див.: Советское Гражданское право. — Ч. 2 / Под общей ред. В.Ф. Маслова й А.А. Пушкина. — К., 1978. — С. 232.

Договори про виконання наукових робіт 401

в'язання поставленої замовником проблеми. Якщо йдеться про наукову проблему, то наслідком виконання науково-дослідних робіт буде одержаний результат. Результатом кон­структорських, проектно-конструкторських, технологічних і тому подібних робіт буде зразок нового виробу, нової техніки, способу, матеріалу тощо. Це може бути нова технологія, нові матеріали, нова конструкція.

Варто враховувати, що науково-дослідні і проектно-конст­рукторські та технологічні роботи це два самостійні етапи, які і є предметом окремих видів договорів — договору на вико­нання науково-дослідних робіт і договору на виконання кон­структорських і технологічних робіт. Але ці два етапи станов­лять ланки єдиного науково-технічного процесу. Науково-дослідні роботи поділяють на два види — фундаментальні і прикладні. Перші виконують, як правило, академічні науково-дослідні установи, другі — науково-дослідні установи відомств та вузів. Але їх сутність полягає в тому, цю результат науко­во-дослідних робіт повинен вказати шлях, як досягти тієї чи іншої виробничої мети (чи будь-якої іншої).

Другий етап — конструкторські 1 технологічні роботи — має дати відповідь, яким чином науковий результат використати у практичній і доцільній діяльності людей, запропонувати технічні засоби втілення наукової ідеї у виробничий процес. Результатами цього етапу можуть бути також винаходи, корисні моделі, промислові зразки та інші об'єкти промисло­вої власності. Проте не слід думати, що останні можна одер­жати тільки в результаті проведення конструкторських і технологічних робіт. Вони можуть бути результатами науко­во-дослідних робіт.

Як правило, ці два етапи послідовно настають один за одним. Конструкторським і технологічним роботам завжди передують науково-дослідні роботи, мета яких — знайти принципову можливість розв'язання тієї чи іншої проблеми. Конкретними результатами зазначених досліджень можуть бути гіпотези, теорії, висновки, рекомендації, наукові поло­ження. Найвищим результатом науково-дослідних робіт є відкриття, які існували і існують незалежно від того, чи надає законодавець їм правову охорону, чи ні.

Результатами виконання науково-технічних робіт є також звіти про виконання наукових досліджень, зразки нового

І

492 Глава 19

виробу, нової техніки, конструкторська документація до них, створення нової технології та інші науково-технічні досягнення.

Іноді виконання науково-дослідних і конструкторсько-тех­нологічних робіт можна спрямувати на розв'язання однієї і тієї ж проблеми. У таких випадках один договір може охоп­лювати виконання всього комплексу науково-технічних робіт.

Специфічною рисою науково-технічних робіт є те, що вони характеризуються не тільки творчим характером одержаного результату, якого має досягнути виконавець, а й неможли­вістю заздалегідь визначити конкретний зміст цих резуль­татів, що має враховуватися при укладені договору. У дого­ворі можуть бути визначені лише загальні науково-технічні, економічні, екологічні та інші вимоги, яким має відповідати очікуваний результат. Замовник повинен чітко визначити зазначені вимоги в технічному завданні, яке він дає вико­навцеві.

**Сторони у договорах про виконання науково-техніч­них робіт.** У зазначених договорах сторонами виступають замовник і виконавець. Замовником може бути будь-яка фізична і юридична особа. Це можуть бути громадяни України, іноземні громадяни, особи без громадянства, а також будь-які юридичні особи незалежно від їх постійного місцезнаходження.

Якщо замовником є фізична особа, то до неї пред'являють такі самі вимоги, як і до сторони в будь-якому іншому дого­ворі — вона має бути дієздатною.

Виконавцем науково-технічних робіт також може бути будь-яка фізична і юридична особа. За загальним правилом, виконавцями виступають науково-дослідні, проектно-конст­рукторські, конструкторські і технологічні організації, наукові центри, навчальні заклади, академічні наукові установи. Виконавцями можуть бути підприємства будь-якої форми власності, які мають у своєму складі наукові, конструкторські та інші подібні підрозділи.

Громадяни виступають виконавцями науково-технічних робіт, як правило, якщо їх може виконати одна особа або група осіб, тобто робіт, невеликих за обсягом.

Громадяни можуть бути і замовниками науково-технічних робіт. В умовах ринкової економіки будь-який громадянин може виступати як індивідуальний підприємець. Для успішної

Договори про виконання наукових робіт 493

**І**

підприємницької діяльності йому може треба буде здійснити науково-технічні роботи.

Замовниками можуть бути органи державної влади і управління, а також приватні юридичні особи. Але в усіх випадках незалежно від того, хто є стороною у зазначеному договорі, відносини між ними регулюються загальними нор­мами про виконання науково-технічних робіт.

Однією з істотних умов договору на виконання науково-технічної роботи є *ціна,* яка визначається угодою сторін. Проте це не означає, що вона визначається довільно. Най­частіше ціна встановлюється шляхом складання кошторису, який, за загальним правилом, розробляє виконавець. Кош­торис має передбачати всі витрати виконавця на здійснення робіт (придбання матеріалів, устаткування, інструментів та інших засобів, необхідних для цього), належну виконавцеві винагороду, передбачені чинним законодавством обов'язкові платежі та інші необхідні витрати.

Крім того, в ціну мають бути включені певні суми у вигляді прибутку (доходу). Розмір цих сум може передбачатися у до­говорі залежно від розміру економічного (чи будь-якого іншо­го) ефекту, який може одержати замовник при використанні результату виконаної роботи. Ціна в договорі визначається точно або лише приблизно, враховуючи невизначеність витрат при виконанні договору. Звідси й різні наслідки необ­хідності підвищення ціни у процесі виконання. Якщо виникла потреба істотно підвищити ціну у процесі виконання договору за умови її приблизного визначення, то виконавець зобов'я­заний негайно сповістити про це замовника. Останній має право погодитися з новою ціною або відмовитися від догово­ру. У такому випадку замовник зобов'язаний оплатити вико­нану частину роботи.

Договір може передбачати підвищення ціни, якщо одержа­но кращий ефект від використання результату роботи, та винагороду за якісне чи дострокове (вчасне) виконання роботи або зменшення ціни в разі неякісного чи несвоєчас­ного виконання робіт.

Договір на виконання науково-технічної роботи може включати умову її поетапного виконання. У таких випадках передбачається і оплата окремих етапів виконання. У п. 2 ст. 951 проекту ЦК України зазначено: "Винагорода підряд­чикові при проведенні науково-пошукових робіт або ж вико-

4В4 Глава 19

навцеві при проведенні дослідно-конструкторських робіт, передбачена договором, може бути зменшена замовником залежно від співвідношення фактично одержанних результа­тів з результатами, передбаченими договором, якщо це не залежало від поведінки замовника, а можливість такого зменшення та його межі були обумовлені погодженням сторін".

Важливим є положення, яке передбачає обов'язок замов­ника оплатити вартість робіт у разі неможливості досягти передбачуваного результату. Якщо в процесі науково-дослід­них робіт виявляється неможливість досягти результату через обставини, що не залежать від виконавця, замовник зобов'язаний оплатити вартість робіт, виконаних до виявлен­ня неможливості отримати очікувані результати. Однак опла­та не може перевищувати відповідну частину ціни, передба­ченої договором.

Проте дещо інша норма щодо дослідно-конструкторських і технологічних робіт. Якщо в процесі виконання зазначених робіт виявиться неможливість досягти передбаченого дого­вором результату, що настала не з вини виконавця, замовник зобов'язаний оплатити лише витрати виконавця.

Сторони можуть у договорі передбачити певне авансуван­ня робіт. Розрахунки за виконані науково-технічні роботи проводяться замовником за кошторисною вартістю окремих етапів чи роботи в цілому на підставі актів здачі-приймання робіт. Одержання негативного результату виконавцем, за умови виконання роботи відповідно до погодженого сторо­нами технічного завдання, не звільняє замовника від оплати вартості виконаної роботи.

**Строки виконання робіт.** Строки у договорах на виконан­ня науково-технічних робіт мають бути чітко визначені.

Вони визначаються угодою сторін залежно *від* обсягу, складності, матеріального та фінансового забезпечення та інших факторів. У договорі, як правило, встановлюються початкові і кінцеві строки виконання робіт. Проте, якщо дого­вором передбачені окремі етапи виконання, то в такому разі мають бути визначені конкретні строки виконання окремих етапів. Взагалі на виконання договору складається кален­дарний план виконання окремих етапів та елементів роботи, який є невід'ємним додатком до договору.

***495***

Договори про виконання наукових робіт

За загальним правилом, виконавцеві надається право до­строково виконати передбачені договором роботи.

**форма договору про виконання науково-технічних робіт.** Проста письмова форма для зазначених договорів є обов'язковою. Договір має відповідати загальним вимогам. У ньому мають бути необхідні реквізити — адреси сторін, бан­ківські рахунки тощо. Грамотно скласти договір на виконання науково-технічних робіт справа далеко не проста. Усклад­нюється вона тим, що часто предмет договору не можна кон­кретно визначити, часто невідомі очікувані результати, не завжди можуть бути чітко визначені витрати, є можливість появи не передбачуваних витрат тощо. Тому в договорі мають бути визначені лише наслідки настання можливих факторів у процесі його виконання.

Принаймні у таких договорах чітко визначаються сторони, ціна, строки виконання. Щодо предмета договору, то він може бути визначений у міру можливого.

До договору на виконання науково-технічних робіт, як правило, додають технічне завдання, погоджений сторонами кошторис, календарний план тощо. В умовах ринкової економіки зазначені договори укладаються на добровільних засадах.

Проста письмова форма укладення договорів на виконан­ня науково-технічних робіт не виключає можливості засвід­чити її нотаріально за бажанням сторін.

**§ 2. Зміст договорів про виконання науково-технічних робіт**

**Загальні положення.** Проект ЦК України дає визначення договору на виконання науково-технічних робіт

"За договором підряду на виконання науково-пошукових і дослідно-конструкторських робіт підрядчик зобов'язаний про­вести обумовлене завданням замовника дослідження, розро­бити зразок нового виробу та конструкторську документацію до нього, нову технологію виробництва або іншу виробничу новину, а замовник зобов'язаний прийняти виконану роботу та оплатити її".

49в Глава 19

Це визначення потребує певного аналізу і деякого уточ­нення. Як підкреслювалося вище, договори на виконання на­уково-технічних робіт хоч і є договорами підрядного типу, але внаслідок своїх специфічних особливостей істотно відріз­няються від підряду і становлять окремий самостійний тип договорів. Цей тип договорів у свою чергу складається з двох окремих договорів — договору на виконання науково-дослідних робіт і договору на виконання дослідно-конструк­торських і технологічних робіт. Для зручності обидва договори у цій главі названо *науково-технічними договорами.*

У визначенні у проекті ЦК вживаються вислови "науково-пошукові і дослідно-конструкторські роботи". Вище зазнача­лося, що вони не відображають справжнього смислу цих договорів. У спеціальній літературі усталився вислів "науко­во-дослідні роботи" — його краще й вживати. Але якщо в цьому вислові слово "дослідні" замінено на "пошукові", то не зрозуміло, чому у вислові "дослідно-конструкторські роботи" слово "дослідно" не замінено на слово "пошуково".

Одним словом, ці нововведення до усталених висловів не зовсім вдалі. Не точною є редакція наведеного визначення, яка може призвести до різного тлумачення поняття. У наве­деному визначенні дано перелік робіт, що їх має виконати виконавець, з якого випливає, що ніби виконавець зобов'я­заний виконати усі ці роботи. Але це не так. У договорі може бути обумовлено що виконавець має виконати весь комплекс названих робіт, але в ньому може бути передбачено виконан­ня лише якогось одного виду робіт, зокрема виконання науко­во-дослідних робіт. Цей наш висновок підтверджується п. 2 ст. 949 проекту ЦК: "Договір з підрядчиком може охоплювати як увесь цикл проведення досліджень, розроблення та виго­товлення виробничих новин, так і окремі види досліджень, розроблення, виготовлення новин".

Врахувавши ці зауваження, договору на виконання науко­во-технічних робіт можна було б дати таке визначення:

За договором на виконання науково-технічної роботи виконавець зобов'язаний виконати відповідно до технічного завдання замовника наукові дослідження або розробити зра­зок нового виробу (нової техніки) та конструкторську доку­ментацію до нього, або нову технологію виробництва, або іншу науково-технічну розробку і передати одержаний ре-

Договори про виконання наукових робіт 497

зультат замовникові, який зобов'язаний прийняти виконану роботу й оплатити її.

Як уже зазначалося, вислів "договори на виконання нау­ково-технічних робіт" об'єднує в собі два договори — договір на виконання науково-дослідних робіт і договори на виконан­ня дослідно-конструкторських та технологічних робіт. Ці два договори близькі між собою. Обидва вони мають творчий характер.

Варто відзначити, що результатом науково-технічної діяль­ності є багатоманітна науково-технічна продукція, види якої зумовлюються численними потребами суспільного вироб­ництва. Багатоманітність цієї продукції, різні залежно від форм власності джерела фінансування зазначених робіт, різний правовий режим одержаних результатів та ряд інших факторів зумовлюють у свою чергу численність цивільно-пра­вових засобів, які регулюють ці суспільні відносини. Більшість з них можна звести до одного типу договорів — договори на виконання науково-технічних робіт, який складається з двох договорів, про що вже йшлося.

Вище зазначалося, що між цими двома договорами багато спільного, але є й істотні відмінності. Так, за договором на виконання науково-дослідних робіт, за загальним правилом, виконавець не може залучати до його виконання третіх осіб, якщо це не передбачено договором. У договорі на виконання дослідно-конструкторських і технологічних робіт виконавець має право, якщо інше не передбачено договором, залучати до їх виконання третіх осіб як субвиконавців (ст. 950 проекту ЦК).

У зазначених договорах настають різні правові наслідки в разі неможливості досягти передбаченого договором резуль­тату. В договорах на виконання науково-дослідних робіт у та­кому разі виконана частина робіт підлягає оплаті (п. 1 ст. 956 проекту ЦК). У договорах на виконання дослідно-конструк­торських і технологічних робіт за такої ситуації замовник зобов'язаний оплатити лише витрати виконавця, але не вико­нану частину роботи (п. 2 ст. 956).

Не збігаються у зазначених договорах їх предмети, про що йшлося раніше. Проте те спільне, що є між ними, дає підставу розглядати ці договори як однотипні.

**Права та обов'язки виконавця робіт.** Основним обов'яз­ком виконавця у договорах на виконання науково-технічних

***498 Глава 19***

робіт є виконання науково-дослідних або дослідно-конструк­торських і технологічних робіт відповідно до погодженого сто­ронами технічного завдання і передача одержаних результа­тів замовникові в обумовлений строк. У ст. 954 проекту ЦК України досить чітко визначено основні обов'язки виконавця. Так, виконавець зобов'язаний виконати роботу відповідно до погодженої із замовником програми (техніко-економічних показників) або тематики і передати замовникові результат в обумовлений договором строк. Якщо у процесі виконання роботи буде створено об'єкти промислової власності або використані ці об'єкти, права на які належать третім особам, виконавець зобов'язаний додержуватися вимог чинного за­конодавства.

У договорах про виконання науково-технічних робіт має передбачатися обов'язок виконавця утримуватися від публікації відомостей про одержані в процесі виконання робіт науково-технічні досягнення без згоди замовника. Водночас виконавець зобов'язаний негайно вжити необхідних заходів для правової охорони одержаних результатів, які можуть бути визнані об'єктами права промислової чи літературної влас­ності і підпадати під охорону законодавства про інтелектуаль­ну власність, а також повідомити про це замовника. Разом з тим у договорі має бути обов'язково передбачений правовий статус цих результатів — право інтелектуальної власності на зазначені результати має належати стороні, визначеній уго­дою сторін. Якщо договором передбачено, що право інтелек­туальної власності на ці результати належатиме виконавцеві, то він зобов'язаний видати замовникові ліцензію на право використання зазначених науково-технічних результатів.

Виконавець у процесі виконання договорів про науково-технічні роботи має суворо додержуватися виключних прав на об'єкти інтелектуальної власності третіх осіб. Іншими сло­вами, виконавець не має право використовувати об'єкти права інтелектуальної власності, права на які належать іншим особам. Виконавець зобов'язаний забезпечити патентну чистоту своїх результатів, тобто щоб ці результати не порушу­вали патентних прав третіх осіб. Іноді необхідно здійснити навіть експертизу створеної виконавцем науково-технічної продуктів на патентну чистоту.

***Поговори про виконання наукових робіт 499***

Проте часом складається ситуація, копи для досягнення більшої ефективності очікуваного результату виникає потре­ба використати запатентований об'єкт промислової влас­ності, право на який належить третій особі. В такому разі за­мовник повинен забезпечити право на використання цього об'єкта, уклавши ліцензійний договір з власником зазначено­го об'єкта.

Виконання науково-технічних робіт не завжди буває без­доганним. Воно може мати певні недоліки, недоробки тощо. У такому разі виконавець зобов'язаний своїми силами та своїм коштом усувати допущені з його вини недоліки як у самій розробці, так і у технічній документації, які можуть спричинити відступи від техніко-економічних показників, передбачених у технічному завданні замовника.

Але такий обов'язок виконавця виникає лише за умови, коли зазначені недоліки, прорахунки та інші помилки сталися саме з вини виконавця. Слід мати на увазі, що вина виконав­ця презюмується, тобто виконавець вважається винним, поки не доведене, що його вини немає. Тому якщо він (вико­навець) доведе, що недоліки в роботі зумовлені діями самого замовника, зокрема поданням неякісного технічного завдан­ня, його прорахунками або передачею неточної чи неповної інформації, необхідної для виконання робіт, то питання про усунення недоліків у роботі має розв'язуватися за погоджен­ням сторін.

Якщо виявиться, що неможливо досягти передбаченого до­говором результату через об'єктивні обставини, виконавець зобов'язаний негайно повідомити замовника про це і про недоцільність подальшого продовження роботи (ст. 954 про­екту ЦК). Із змісту цієї статті випливає, що виконавець пови­нен припинити роботи до одержання від замовника відпо­відних вказівок. Тому в договорі бажано зазначати конкрет­ний строк, необхідний для відповіді.

Законодавець у таких випадках має виходити з того, що виконавець, розв'язуючи поставлене перед ним науково-технічне завдання, повинен на повну сипу використати свій творчий потенціал, наукову кваліфікацію та інші ділові якості, необхідні для успішного виконання договору. Виконавець зобов'язаний виконати взяті на себе обов'язки сумлінно, якісно і в обумовлений строк. Водночас він не може гаранту-

500 Глава 19

вати одержання очікуваного результату. За таких умов договір вважається виконаним і тоді, коли буде теоретично чи експериментальне доведено неможливість одержання передбаченого договором результату, тобто коли буде одер­жано негативний результат.

**Права виконавця.** Виконавець передусім має право вима­гати від замовника прийняти виконану роботу та оплатити її вартість (ст. 949 проекту ЦК). У договорах на виконання на­уково-дослідних робіт виконавець має право залучати до виконання третіх осіб тільки з дозволу замовника. Якщо в до­говорі це право не застережено, то виконавець зобов'язаний виконати роботи особисто. У договорах на виконання дослід­но-конструкторських і технологічних робіт навпаки, викона­вець має право залучати до виконання договору третіх осіб, але за умови, що в договорі це право йому не заборонено. Але якщо до виконання робіт залучаються треті особи, то за недоліки в роботі перед замовником несе відповідальність сам виконавець.

За загальним правилом, одержані у процесі виконання до­говору результати належать замовникові, в чому б ці резуль­тати не полягали (маються на увазі такі, що можуть бути визнані об'єктами права інтелектуальної власності). Але якщо договір не містить прямої заборони, то виконавець може використати результати для своїх потреб. Договір може також передбачати право виконавця реалізувати одержані результати третім особам. За згодою замовника виконавець має право патентувати результати робіт, які можуть бути визнані об'єктами інтелектуальної власності (ст. 953 проекту ЦК). Проте проект ЦК України залишає відкритим питання, на чиє ім'я має бути запатентований даний результат. Оскільки відповідно до п. 4 ст. 953 патентування проводиться за згодою замовника, то ясно, ,Що на ім'я виконавця робіт, тобто безпо­середнього творця цього результату.

**Права та обов'язки замовника.** Стаття 955 проекту ЦК України містить основні обов'язки замовника. Передусім за­мовник повинен забезпечити виконавця роботи необхідною дійсною і повною інформацією. В першу чергу, це має бути вихідна інформація, якою замовник повинен забезпечити виконавця ще до початку роботи. Вона може стосуватися ха­рактеру виконуваних робіт, обсягу, умов використання тощо.

Договори про виконання наукових робіт 501

Але обов'язок замовника постачати виконавця необхідною інформацією на цьому не припиняється. Він зобов'язаний постачати виконавця робіт протягом усього часу виконання роботи. Це може бути будь-яка інформація, яка стала відома замовникові і яка має значення чи може вплинути на роботу виконавця. Кажуть, що той, хто володіє інформацією, той во­лодіє ситуацією. Отже, від поінформованості виконавця бага­то в чому залежить результат роботи. Тому в договорі на виконання науково-технічних робіт має бути чітко визначено обсяг, характер, строки і форми інформації, яку має надавати замовник. При цьому інформація має бути достовірною і до­статньо повною для виконання роботи. За достовірність інформації відповідає замовник.

Іншим важливим обов'язком замовника є підготовка технічного завдання, яке він має передати виконавцеві в обу­мовлений договором строк. Одночасно із виконавцем має бути погоджена програма (техніко-економічні показники), якій має відповідати очікуваний результат роботи. Якщо йдеться про виконання науково-дослідних робіт, то у завданні чітко визначається їх тематика.

Технічне завдання, як правило, розробляється і підписує­ться ще до укладення договору, воно має містити визначення основних параметрів очікуваних результатів. Погоджене з виконавцем роботи технічне завдання стає невід'ємною частиною договору на виконання роботи. Підготовка техніч­ного завдання може бути покладена і на виконавця. У такому разі його розглядає і схвалює замовник.

Безумовним обов'язком замовника є оплата роботи. Уже відзначалося, що оплата проводиться за обумовленою в до­говорі ціною.

Замовник зобов'язаний прийняти виконану роботу і оплати і вартість. Здача і прийняття роботи проводяться за спеціаль­но виробленою і погодженою сторонами процедурою. Вико­навець повідомляє замовника про виконані окремі етапи чи повністю роботу і подає замовникові акт здачі-приймання з доданням до нього інших передбачених договором додатків, зокрема звіту про виконану роботу, комплекту наукової, технічної, конструкторської, технологічної та іншої докумен­тації, протоколу комісії по прийняттю дослідних зразків нових виробів (нової техніки) і т.п.

502 Глава 19

Для прийняття виконаної роботи замовник формує спеціальну комісію або уповноважує на це спеціально виді­леного фахівця. Після прийняття виконаної роботи замовник розглядає подані йому звітні документи і за результатами розгляду цих документів підписує акт здачі-приймання або відхиляє його. В разі відмови прийняти закінчену роботу за­мовник повинен аргументовано мотивувати свою відмову. Сторони складають двосторонній акт з переліком недоліків, що підлягають усуненню, з визначенням конкретного строку.

Якщо виконана робота підлягає спеціальним випробуван­ням, то для цього також створюється спеціальна комісія, яка їх проводить. Випробовують дослідні зразки нових виробів, нової техніки, нові технології та інші виробничі засоби.

Якщо замовник з тих чи інших причин ухиляється від прийняття виконаної роботи без достатніх для цього підстав, настають наслідки, передбачені ст. 931 проекту ЦК України. У такому разі виконавець письмово повідомляє замовника про необхідність прийняти роботу і через два місяці після цього попередження має право продати результат виконаної роботи будь-якій третій особі, а одержаний виторг, з відраху­ванням усіх належних виконавцеві платежів, внести на депозит нотаріальної контори на ім'я замовника. Крім того, виконавець має право замість продажу зазначеного резуль­тату скористатися правом на його утримання або стягнути із замовника завдані збитки.

Прийняття виконаної роботи має завершитися її оплатою, яку здійснює замовник. Оплата роботи проводиться відпо­відно до погодженого кошторису плюс схвалені замовником інші непередбачені договором витрати. В оплату входять встановлені сторонами надбавки (знижки) за дострокове виконання робіт, поліпшення техніко-економічних показни­ків, проведення виконавцем варіантних дослідів та інших передбачених у договорі умов.

Як уже відзначалося, особливістю договорів на виконання науково-дослідних робіт є те, що ризик випадкової неможли­вості виконання несе замовник, а це значить, що він зобов'я­заний оплатити й ті роботи, виконання яких не дало очіку­ваного результату, але за умови, що неможливість виконання настала не з вини виконавця, а за обставин, які від нього не залежали.

Договори про виконання наукових робіт 503

У договорах на виконання дослідно-конструкторських та технологічних робіт у разі настання випадкової неможливості виконати зазначені роботи оплаті підлягають лише витрати виконавця.

**Права замовника.** Замовник передусім має право вима­гати передання йому виконаної роботи. Він також має право вимагати усунення недоліків роботи, які були допущені з вини виконавця. Якщо в договорі було передбачено визнання за замовником права інтелектуальної власності на результати виконаної роботи, якщо ці результати можуть стати її об'єктами, то замовник має право на них. Інакше кажучи, за­мовник має право вимагати виконання усіх обов'язків, які до­говором покладені на виконавця.

Сторони можуть визначати у договорі будь-які інші права та обов'язки, аби вони не суперечили чинному законодавст­ву. Так, у договорі можуть бути розподілені обов'язки сторін по забезпеченню виконання необхідними матеріалами, устат­куванням, зразками тощо. Замовник може взяти на себе обо­в'язок будь-яким чином сприяти успішному виконанню дого­вору, надавати додаткову Інформацію, що стала відома замов­никові після укладення договору тощо. У свою чергу викона­вець може бути зобов'язаний надавати допомогу у впрова­дженні зразків нових виробів у виробництво, освоєнні нових технологій і матеріалів, нової техніки, надавати необхідне обслу­говування під час використання зазначених об'єктів і т.п.

Важливе питання, яке потребує чіткого визначення у дого­ворі, є правовий статус одержаного в процесі виконання до­говору результату, особливо коли таким результатом можуть стати об'єкти права інтелектуальної власності.

Слід мати на увазі, що коли об'єкт інтелектуальної влас­ності створює особа, яка перебуває у трудових відносинах з роботодавцем, питання розв'язується відповідно до законо­давства про інтелектуальну власність. Договори, які ми роз­глядаємо, породжують не трудові, а цивільно-правові відносини, тому загальні правила законодавства про інтелек­туальну власність до них застосовуватися не можуть. Отже, питання про те, кому належить право на об'єкт інтелектуаль­ної власності, створений у процесі виконання договору на на­уково-технічні роботи, залишається відкритим. Немає прямої відповіді на нього і у проекті ЦК України. Правда, п. 4 ст. 953

504 Глава 19

містить норму, за якою виконавець має право здійснювати патентування результатів робіт, одержаних за договорами на виконання науково-технічних робіт, лише за згодою за­мовника.

Проблема досить складна, оскільки має місце колізія між інтересами сторін. Виконавець має право претендувати на результати, оскільки він є творцем цих результатів. У замов­ника також є підстави для визнання за ним права на ці самі результати, оскільки вони створені за його завданням і на його кошти. Тому найкращий вихід із цієї ситуації— взаємний розподіл прав та обов'язків по використанню і розпоряджен­ню зазначеними результатами.

Відповідно до цієї ж статті проекту ЦК України замовник має право використовувати передані йому результати робіт у межах і на умовах, передбачених договором. Виконавець також має право використовувати ці результати для себе. За­значена стаття не розкриває, що означає "для себе". Більше того, у договорі може передбачатися право виконавця реалі­зовувати ці результати третім особам. Проте в усіх цих випад­ках не йдеться про результати робіт— об'єкти права інтелек­туальної власності.

Беручи до уваги наведене, найкраще було б у договорі передбачати правовий статус результатів робіт, які можуть бути визнані об'єктами права інтелектуальної власності, виходячи із збалансованих інтересів сторін договору.

Одним із важливих обов'язків сторін при використанні будь-яких результатів виконаних робіт є збереження їх конфі­денційності. Так, відповідно до ст. 952 проекту ЦК України сторони зобов'язані забезпечити конфіденційність відомос­тей щодо предмета договору, ходу його виконання та змісту одержаних результатів. Обсяг відомостей, що визнаються конфіденційними, визначається у договорі. У цьому ж дого­ворі можуть бути передбачені й інші умови конфіденційності про договір.

**Відповідальність виконавця за порушення договору.** Стаття 957 проекту ЦК України встановлює відповідальність виконавця, оскільки замовник несе відповідальність за пору­шення договору за загальними правилами. Виконавець від­повідає перед замовником за невиконання та неналежне

Глава 20. Договір про виконання проектних і пошукових робіт

Юридична природа договору на виконання проектних і пошукових робіт до цього часу викликає дискусії і не безпідставно. Справа в тому, що проектні і пошукові роботи виконуються на замовлення заінтересованих осіб і за­мовникові мають бути передані готові результати робіт, проте не уречевлені у будь-якому матеріальному об'єкті. Цим за­значений договір дуже схожий на підрядні договори. Крім того, у проекті ЦК України цей договір входить до глави "Підряд" і становить його § 4, який називається "Підряд на проектні і пошукові роботи". Так само і в ЦК Російської Феде­рації, в якому § 5 "Підряд на виконання проектних і пошукових робіт" є однією з частин глави 37 "Підряд". Оскільки ЦК Російської Федерації вже прийнято, то можна припустити, що розробники проекту ЦК України не просто запозичили струк­туру цієї глави, а й додержуються тієї самої концепції.

Проте не можна так беззастережно договір на виконання проектних і пошукових робіт віднести до типу підрядних. Деякі дослідники відзначають, що у процесі виконання проектних і пошукових робіт/можуть мати місце певні елементи творчості, але в принципі їх може виконувати будь-який фахівець відпо­відної кваліфікації1.

З таким трактуванням характеру зазначених робіт важко погодитися. Якщо йдеться про невеликі за обсягом і прості за складністю роботи, то з таким висновком можна й погодитися. Але ж коли йдеться про складні і великі споруди,

' Див.: Гражданское право: Учебник. — Ч. 2. — М., 1997. — С. 353

***507***

викоонання проектних 1 пошукових робіт

зокрема будівництво атомної електростанції, то навряд чи можна у такому випадку обійтися простими фахівцями і без творчого підходу. І в пошукових, і в проектних роботах такого роду необхідний саме творчий підхід. Виконання такого роду пошукових і проектних робіт потребує досить енергійних творчих пошуків, у противному разі зазначені роботи будуть виконані на низькому науково-технічному рівні і навряд чи відповідатимуть вимогам безпеки тощо.

Тому видається, що при виконанні пошукових і проектних робіт ознака творчості не просто можлива, а й необхідна, без неї не може бути належного результату цих робіт. З огляду на цю обставину договори на виконання пошукових і проектних робіт мали б бути віднесені до договорів на виконання творчих робіт.

Ще одним доводом на користь зазначеного висновку є те, що результати пошукових і проектних робіт не можуть бути уречевлені у будь-якому матеріальному об'єкті. Цим подібні роботи істотно відрізняються від звичайних підрядних робіт, чим відрізняються і самі договори.

Звертає на себе увагу ще одна обставина. В проекті ЦК України, ЦК Російської Федерації, підручниках договори, про які йшлося, прийнято називати "проектні та пошукові роботи". Зазначені роботи в цілому завжди передують будівництву. Але майже будь-якому більш-менш значному будівництву завжди передують пошукові роботи, а вже потім проводяться проектні роботи. Тому варто було б ці договори так і назива­ти — "пошуково-проектні роботи", а не "проектно-пошукові роботи". Запропонована назва більше відповідає їх сутності, вже не кажучи про те, що це взагалі два окремі види робіт, отже договорів.

Значення договорів про виконання пошукових і проектних робіт важко переоцінити. При розгорнутому будівництві вони необхідні і від їхньої якості залежить якість будівництва того чи іншого об'єкта. Останнім часом є випадки, коли капітально збудовані будівлі падають чи обвалюються саме тому, що необхідні пошукові та проектні роботи були здійснені якраз без того творчого елемента, на низькому науково-технічному рівні, їх мають виконувати не тільки спеціалізовані організації, а й фахівці високої творчої кваліфікації.

Зазначений договір і договір будівельного підряду тісно пов'язані з капітальним будівництвом. Будь-яке капітальне

***Глава 20***

будівництво не можливе без попередніх пошукових і про­ектних робіт. Договір будівельного підряду може укладатися як за наявності технічної документації, затвердженої у вста­новленому порядку, так і без неї. В тому разі, якщо такої тех­нічної документації немає, сторони домовляються, хто з них має забезпечити будівництво необхідною технічною доку­ментацією. Замовник і підрядчик не завжди можуть власними силами розробити таку документацію. Підготовчі роботи до розробки технічної документації, тобто пошукові роботи, як і самі проектні роботи потребують спеціальних знань. Їх мо­жуть виконати лише спеціалізовані організації. І не просто спеціалізовані, а часто організації, які мають спеціальну ліцензію на право здійснювати такого роду роботи. Потрібен вищий рівень кваліфікації, якщо замовник не бажає припус­титися фатальної помилки.

Закон України "Про підприємництво" від 7 лютого 1991 р.1 (із змінами та доповненнями) передбачає ряд пошукових і пошуково-проектних робіт, які можуть здійснюватися лише на підставі виданих у встановленому порядку ліцензій2.

Як вже відзначалося, пошукові та проектні роботи за своїм характером це різні види робіт, і вони часто оформляються окремими договорами. Пошукові роботи, як правило, переду­ють проектним роботам. Але пошукові роботи не є обов'яз­ковими в усіх випадках будівництва. Будівництво деяких не­складних об'єктів часто проводиться без попередніх пошу­кових робіт. В разі здійснення складного будівництва його проектування просто неможливе без попередніх пошукових робіт. Тому зазначені види робіт часто оформляються окремо на виконання пошукових робіт і окремо на виконання про­ектних робіт. Проте здебільшого ці роботи оформляють одним договором.

Стаття 944 проекту ЦК України дає таке визначення дого­вору на проведення проектних і пошукових робіт "За догово­ром підряду на проведення проектних і пошукових робіт підрядчик зобов'язується розробити за завданням за­мовника проектну або іншу технічну документацію та (або)

' Відомості Верховної Ради. — 1991. — № 14. — Ст. 168 2 Див.: Закони України. — Т. 1. — К., 1996. — С. 193.

договір про виконання проектних 1 пошукових робіт 509

виконати пошукові роботи, а замовник зобов'язаний прийня­ти на оплатити їх".

З наведеного визначення випливає, що договори на вико­нання пошукових і проектних робіт є договорами підрядного типу, отже на них поширюються правила про підрядні договори.

Зазначені договірні відносини регулювалися спеціальними нормативними актами колишнього СРСР. Нині в Україні до­говори про виконання пошукових і проектних робіт регулю­ються відомчими нормативними актами. Певною мірою ці договірні відносини регулюються також законами України "Про інвестиційну діяльність" від 18 вересня 1991 р.1 , "Про основи містобудування" від 16 листопада 1992 р.2 та "Про іно­земні інвестиції" від 19 березня 1996 р.3

Предметом договору про виконання пошукових і проектних робіт є виконання обумовлених договором робіт. Пошукові та проектні роботи мають виконуватися на основі технічного завдання на пошукові роботи та проектування, а також інших вихідних даних, необхідних для складання проектної та іншої технічної документації. Таке завдання може підготувати також за дорученням замовника сам підрядчик. У такому разі завдання стає обов'язковим для сторін з моменту його за­твердження замовником.

Технічне завдання на виконання пошукових чи проектних робіт — документ досить складний, великий за обсягом, тому його мають розробляти тільки фахівці. Наприклад, необхідно здійснити пошукові роботи на прокладання лінії метро в бік житлового масиву Троєщина. На виконання цієї роботи необ­хідно скласти технічне завдання, розробка якого також вима­гає значного обсягу робіт. Треба визначити трасу майбут­нього пролягання лінії метро, а вже потім приступати до пошу­кових робіт.

Пошукові роботи — це розвідка майбутнього місця забу­дови, дослідження його грунтів, майбутньої траси дороги, тру­бопроводів, ліній комунікацій тощо. Пошукові роботи мають на меті виявити місце, яке найбільш підходить для зведення будівлі чи прокладання дороги, лінії електропередачі тощо.

Відомості Верховної Ради. — 1991. — № Ю.—Ст. 138.

2 Там само. — 1992. — № 52. — Ст. 683

3 Там само. — 1996. — № 199. — Ст. 80

№ 47. — Ст. 646; 1992.

***510 Глава 20***

При будівництві складних, великих за обсягом споруд пошукові роботи необхідні. Вони мають забезпечити вихідні дані для проектантів і становлять початкову стадію проекту­вання. Пошукові роботи проводяться з метою техніко-еко-номічного обгрунтування вибору району і конкретного місця будівництва, комплексного вивчення природних умов району, можливості використання місцевих будівельних матеріалів, джерел водопостачання, транспортного сполучення, прокла­дання комунікацій тощо. Іншими словами, завданням пошу­кових робіт є підготовка необхідних даних для розробки техніко-економічного обгрунтування будівництва і наступно­го складання технічної документації.

Другий етап підготовчих до будівництва робіт — проекту­вання, яке має завершитися комплексом технічної докумен­тації. Вона складатиметься з техніко-економічного обгрунту­вання, креслень, схем, пояснювальної записки до них, спе­цифікації тощо, які визначають обсяг і зміст робіт.

За загальним правилом проектування об'єкта будівництва може здійснюватися за одну або дві стадії. Одна стадія про­ектування складається лише з робочого проекту і зведеного кошторису. Її застосовують для нескладного будівництва або будівництва за серійним проектом. Для складнішого будів­ництва спочатку розробляється технічний проект зі зведеним кошторисом, а вже потім на його основі — робочий проект (робоча документація) з конкретним кошторисом.

Як уже відзначалося, виконання пошукових і проектних робіт, зокрема для складного будівництва має творчий харак­тер, що відображено у змісті зазначених договорів. Хоч ці до­говори і належать до типу підрядних, у них є елементи твор­чого характеру, які певною мірою обумовлює зміст прав та обов'язків за цим договором.

Своєчасне та якісне виконання пошукових і проекти;

робіт— основний/обов'язок виконавця робіт. Стаття 947 проекту ЦК України передбачає, що робота має бути виконана відповідно до вихідних даних на пошук і проектування та договору. Будь-які відхилення як від технічного завдання і вимог самого договору мають обов'язково узгоджувати замовником. При виконанні проектування виконавець повинен також додержуватися будівельних норм і правил, встановлених технічних вимог та інших обов'язкових нормативів

Договір про виконання проектних 1 пошукових робіт 511

Не менш важливим обов'язком виконавця робіт є його обов'язок погоджувати вже готову проектно-кошторисну документацію із замовником, а в разі потреби— разом із за­мовником з компетентними державними органами та орга­нами місцевого самоврядування. З огляду на це положення виконавець зобов'язаний передати замовникові для погод­ження весь комплект технічної документації, дати необхідні пояснення, обгрунтувати доцільність запропонованих про­ектних рішень, вибору конкретних будівельних матеріалів, місця будівництва, прокладання траси тощо. Замовник перевіряє відповідність технічної документації нормативно-технічним вимогам і своєму технічному завданню і, якщо не виявиться розбіжностей, погоджує технічну документацію.

У договорі бажано обумовити строк, протягом якого за­мовник зобов'язаний розглянути подану йому технічну документацію.

У передбачених законом випадках виконавець зобов'яза­ний також погодити розроблену документацію з відповідними державними органами та органами місцевого самоврядуван­ня. В цьому погодженні повинен брати участь також і замов­ник. Вони разом мають розробити і погодити свої дії щодо погодження документації з компетентними державними органами та органами місцевого самоврядування.

У процесі погодження технічної документації з компетент­ними державними органами та органами місцевого самовря­дування можуть виявитися певні прорахунку відхилення вщ встановлених вимог, які треба обов'язково усунути. Усунення виявлених недоліків здійснюється за рахунок сторони, з вини якої вони були допущені. Якщо це помилки технічного завдан­ня, виданого замовником, то виявлені недоліки технічної до­кументації мають бути усунені за рахунок замовника. В інших випадках — за рахунок виконавця робіт.

Погоджена у встановленому порядку зі всіма компе­тентними державними органами та органами місцевого са­моврядування, а також із самим замовником технічна доку­ментація передається йому. Відповідно до ст. 947 проекту ЦК України виконавець зобов'язаний передати замовникові го­тову проекгно-кошторисну документацію, а також результати пошукових робіт у формі відповідної документації, що додається до проектно-кошторисної.

І

512 Глава 20

Важливий обов'язок виконавця робіт— не передавати без згоди замовника проектно-кошторисну документацію будь-яким третім особам. Передача зазначеної документації третім особам може мати місце лише на підставі письмового дозволу замовника.

Заборона виконавцю робіт передавати результати вико­наних робіт третім особам зумовлена тим, що зазначену роботу виконано за рахунок замовника, його коштом, тому і право розпоряджатися нею належить саме замовникові. Технічна документація, яка є результатом виконаних пошу­ково-проектних робіт, може становити певну службову, комерційну чи будь-яку іншу конфіденційну таємницю, вона має певну вартість, що належить замовникові. Саме тому без його дозволу зазначена документація не може передаватися третім особам.

Нарешті, обов'язком виконавця робіт є також його гаран­тія, що виконана за договором проектно-кошторисна доку­ментація не містить таких елементів, які б давали право третім особам перешкодити чи обмежити її використання.

Під третіми особами у цьому випадку звичайно розуміють компетентні державні органи, органи місцевого самовряду­вання, з якими проектно-кошторисну документацію не було погоджено у встановленому порядку, а їх вимоги не додержано. До третіх осіб належать також будь-які інші фізичні чи юри­дичні особи, інтереси яких може зачіпати використання роз­робленої проектно-кошторисної документації (наприклад, ви­ключні права на використання архітектурного проекта, на осно­ві якого розроблено проектно-кошторисну документацію).

Якщо з боку зазначених третіх осіб будуть заявлені пре­тензії до замовника, то виконавець зобов'язаний виступати на боці замовника і спростувати висунуті претензії. Якщо ж претензії не будуть спростовані, то виконавець зобов'язаний відшкодувати замовникові заподіяні збитки.

Виконавець зобов'язаний забезпечити необхідну якість виконаних пошукових та проектно-кошторисних робіт. За ст. 948 проекту ЦК України, виконавець за договором на виконання пошукових та проектних робіт несе відповідаль­ність за недоліки проектно-кошторисної документації та результати пошукових робіт, включаючи і недоліки, що будуть виявлені згодом у ході будівництва, а також у процесі експлу­атації об'єкта, створеного на основі виконаної проектно-кош-

Договір про виконання проектних 1 пошукових робіт 513

торисної документації і даних пошукових робіт. У такому разі на вимогу замовника виконавець пошукових та проектних робіт зобов'язаний усунути виявлені недоліки проектно-кош­торисної документації за свій рахунок. Виконавець у разі пот­реби має здійснити додаткові пошукові роботи і відповідно до одержаних результатів безплатно переробити проектно-кош­торисну документацію, а також відшкодувати завдані збитки, якщо законом або договором не передбачено інше.

Отже, виконавець робіт відповідає за заподіяні збитки за загальними правилами. Проте у договорі чи законі може бути передбачено інше, зокрема обмеження розміру відповідаль­ності вартістю виконаних робіт, стягнення не збитків, а лише виключної неустойки тощо.

У свою чергу замовник зобов'язаний передати виконав­цеві завдання та вихідні дані на проведення пошукових робіт і проектування. Стаття 945 проекту ЦК України передбачає, що за договором на виконання пошукових і проектних робіт замовник зобов'язаний передати виконавцеві завдання на здійснення зазначених робіт та інші вихідні дані, необхідні для розробки проектно-кошторисної документації. В завданні за­мовника визначається предмет пошукових і проектних робіт, у тому числі вимоги до їх якості. Підготовка такого завдання часто вимагає виконання досить значного обсягу робіт і спеціальної фахової підготовки, які сам замовник не має змоги виконати. Для підготовки такого технічного завдання замовник може залучити спеціальні організації, у тому числі й самого виконавця.

Замовник відповідно до ст. 946 проекту ЦК України зобов'язаний сплатити виконавцеві обумовлену договором Ціну після завершення усіх робіт чи сплатити її частинами після завершення окремих етапів робіт або ж в іншому поряд­ку, передбаченому договором. Оплата може проводитися за окремо виконані пошукові роботи і окремо за проектно-кош­торисну документацію. Крім того, замовник зобов'язаний від­шкодувати виконавцеві додаткові витрати, пов'язані зі зміна­ми технічного завдання чи інших вихідних даних для виконан­ня робіт за договором, які були зумовлені обставинами, що не залежали від виконавця.

Одним із важливих обов'язків замовника є використання проектно-кошторисної документації, одержаної від виконав­ця, тільки на цілі, передбачені договором, не передавати її

17 О. Дзера

514 Глава 20

третім особам і не розголошувати дані, що містяться в ній без згоди виконавця. Проте в договорі можуть бути передбачені права замовника використовувати проектно-кошторисну документацію не тільки для спорудження обумовленого дого­вором об'єкта, а й для інших цілей. У договорі, зокрема, може бути передбачено право замовника розмножувати зазначе­ну документацію для наступної її реалізації.

Договір може передбачати також обов'язок замовника надавати виконавцеві робіт ті чи інші послуги, необхідні для успішного і якісного виконання пошукових і проектних робіт. Зазначені види й обсяги послуг визначаються у договорі.

Замовник відповідно до договору зобов'язаний всіляко сприяти виконавцеві. Це сприяння може полягати в наданні виконавцеві додаткових нормативно-технічних матеріалів, необхідних для виконання робіт, у виділенні своїх фахівців для допомоги, яких виконавець може включити в групу проекту­вання, у передачі виконавцеві додаткових вихідних даних, необхідних для розробки проектно-кошторисної документації, тощо.

Замовник також зобов'язаний разом з виконавцем брати участь у погодженні готової проектно-кошторисної докумен­тації з компетентними державними органами та органами місцевого самоврядування.

На замовнику-лежить також обов'язок відшкодувати вико­навцеві додаткові витрати, спричинені зміною вихідних даних для пошукових і проектних робіт внаслідок обставин, що не залежать від виконавця.

У разі вчинення до виконавця третіми особами позову у зв'язку з недоліками розробленої проектно-кошторисної до­кументації або виконаних пошукових робіт замовник зобо­в'язаний залучити до справи самого виконавця. Найчастіше це має місце у випадках, коли замовником на виконання пошукових і проектних робіт виступає організація, яка одно­часно є підрядчиком за договором будівельного підряду. У та­кому разі будівельна організація відповідає перед за­мовником будівельних робіт за будь-які недоліки спорудже­ного об'єкта, в тому числі й ті, які спричинені недоліками проектно-кошторисної документації чи даних пошукових робіт. Вона зобов'язана відшкодувати заподіяні збитки своєму за­мовникові, але має право на регресний позов до виконавця пошукових і проектних робіт.

Розділ IV. Зобов'язання у сфері інтелектуальної діяльності

Глава 21. Авторські договори

**§ 1. Роль та значення авторських договорів**

Авторські договори опосередковують суспільні відносини, які складаються в суспільстві з приводу створення і головним чином використання творів науки, літератури і мистецтва. Значення цих творів для духовного розвитку суспільства важко переоцінити. Результати духов­ної творчості мають для суспільства не менше значення ніж науково-технічні досягнення. Саме духовний світ людини, її світогляд, духовне бачення навколишнього середовища визначають напрями і зміст науково-технічної творчості. Ду­ховно збагачена людина не буде створювати такі винаходи, корисні моделі, промислові зразки та інші досягнення науки і техніки, які б могли зашкодити суспільству, навколишньому середовищу тощо. Чинне законодавство про інтелектуальну власність передбачає норми, які забороняють створення таких винаходів, промислових зразків тощо, які можуть за­шкодити суспільству чи навколишньому середовищу. Можна з упевненістю сказати, що якби Чорнобильську АЕС створю­вали люди більш духовно збагачені, вони не допустили тієї °ЩИ, що сталася.

Духовний внутрішній світ людини і суспільства в цілому зу­мовлює передусім рівень суспільної культури в широкому розумінні цього слова, в тому числі культури суспільного виробництва, а останній, як відомо, визначає рівень добро-буту цього суспільства. Отже, духовний розвиток суспільства

17\*

**І**

516 Глава 21

певною мірою впливає і зумовлює інші напрями його діяль­ності. Тому будь-яке суспільство на будь-якому етапі свого життя виявляє належну увагу духовному розвиткові, при­наймні не меншу, ніж розвиткові матеріального виробництва.

Зміст духовності того чи іншого суспільства визначається рівнем розвитку науки, літератури і мистецтва. Але ці безцінні у своєму значенні для суспільства людські творіння можуть збагачувати духовний світ суспільства лише за умови їх широкого розповсюдження, цілеспрямованого використання, емоційного впливу на людей. Тобто йдеться про різні форми і способи використання творів науки, літератури і мистецтва, причому масштаби такого використання можуть бути значно більшими, ніж при застосуванні науково-технічних досягнень. Книжки, наприклад, відомого автора часто видають мільйон­ними тиражами.

В наш час істотно зростає роль науки, літератури і мистец­тва у розв'язанні корінних проблем прискорення соціально-економічного розвитку України. Передусім постає завдання зміцнити матеріально-технічну базу науки, створити належні умови для плідної праці вчених, літераторів, художників та інших митців. Прискореному переходові до ринкової еконо­міки може істотно сприяти література і мистецтво, які знач­ною мірою визначають моральне здоров'я людини і суспіль­ства в цілому. Чи не найголовнішим на даному етапі нашого соціального розвитку є завдання сприяти в різній формі і будь-яким способом широкій творчості в Україні. Саме тому Конституція України проголосила вільний розвиток особис­тості (ст. 23), громадянам гарантується свобода літературної;

художньої, наукової і технічної творчості (ст. 54).

Твори науки, літератури і мистецтва стають здобутком суспільства, широкої громадськості, коли вони широке тиражовані, тобто випущені у світ у формі і порядку, що визна­чаються чинним законодавством. Видання, публічний показ, публічне виконання та інші способи відтворення творів науки, літератури і мистецтва здійснюють спеціалізовані організації та установи — видавництва, телебачення, радіомовлення, кіностудії, видовищні організації.

Відносини між авторами та зазначеними організаціями оформляються авторським договором. Чинне законодавство про авторське право допускає можливість позадоговірного використання окремих творів, але лише у випадках, передбачених -

Авторські договори

***517***

законом, і за одним винятком — воно безоплатне, тому зазначені відносини не оформляються договорами. Закон України "Про авторське право і суміжні права" в ст. 29 при­писує: "Використання твору допускається виключно на основі авторського договору з автором або іншою особою, що має авторське право, за винятком випадків, зазначених у стат­тях 15—19 цього Закону".

Авторський договір є найдосконалішою (принаймні нині) правовою формою, яка найбільшою мірою дає змогу авторові належним чином реалізувати свої права та інтереси. Він має можливість у договорі в найкращий спосіб захистити свої інте­реси та права, включаючи до нього відповідні умови і засте­реження. Такі основні права автора, як право на публікацію чи інше обнародування, право на відтворення, право на роз­повсюдження та інші можуть бути реалізовані тільки через такий правовий інструмент, як договір. При цьому, звичайно, не береться до уваги незаконне використання твору в будь-який спосіб.

Майнові права виникають для автора тільки в результаті використання твору, тобто тільки з договору на використання.

У той же час авторський договір є не тільки правовою фор­мою реалізації авторських прав. Зазначений договір — один з оптимальних способів доведення твору до широкої аудито­рії. Він є основним способом забезпечення суспільного споживання продукту духовної творчості, найважливіший етап руху наукового чи художнього твору від його творця до широкого споживача — читача, слухача, глядача. Зазначені функції авторського договору тісно пов'язані між собою і здійснення однієї з них на шкоду іншої у межах договірних відносин не допускається1.

Чинне законодавство не приділяє належної уваги регулю­ванню авторських договірних відносин. У Законі України "Про авторське право і суміжні права" є лише кілька статей, присвячених авторським договорам. Одна з них (ст. 20) регу­лює відносини між автором і роботодавцем про створення твору, Друга (ст. 27) встановлює порядок передачі (відступлення) майнових прав автора іншим особам. Стаття 29 присвячена договорам на право використання творів. Тобто

Див.: *Мусіяка ВЛ.* Авторські договори. — К., 1988. — С. 4.

***518 Глава 21***

безпосередньо авторським договорам у цьому законі присвя­чена лише одна стаття.

Проект ЦК України авторських договорів як таких взагалі не визнає. Лише у главі 73 "Ліцензії на право користування об'єктами інтелектуальної власності" є одна ст. 1175, яка визначає ліцензійні договори на використання творів науки, літератури і мистецтва.

Жоден нормативний акт України не регулює відносини ав­тора з користувачами його творів і не містить норм про ав­торські договори.

Значно більше уваги авторським договорам приділяє Закон Російської Федерації "Про авторське право і суміжні права". В ньому є статті про передачу майнових прав, умови авторського договору, форму авторського договору, автор­ський договір замовлення і відповідальність за авторським договором1.

Таким чином, як уже відзначалося, основною правовою формою використання творів науки, літератури і мистецтва є цивільно-правові договори, що дістали назву авторських договорів. Використання твору іншими особами можливе лише на підставі авторського договору.

За авторським договором автор зобов'язаний створити відповідно до договору і передати замовлений твір або пере­дати готовий для використання твір, а користувач — вико­ристати або почати використання твору передбаченим дого­вором способом в обумовленому обсязі, у визначений строк і виплатити авторові встановлену договором винагороду.

Авторські договори — це самостійна група договірних зобов'язань, які мають певні особливості. Передусім суб'єк­тами вказаних договорів, з одного боку, завжди є автор (спів­автори) або його правонаступники, а з іншого — як правило, певна організація; що за родом своєї діяльності може використати твір, обумовленим у договорі способом. Право­наступниками можуть бути спадкоємці та інші особи, яким автор передав право використання твору. Це, зокрема, пред­ставники автора — батьки або піклувальники, якщо з будь-яких причин сам автор не може скористатися своїм правом

Див.: Закон Российской Федерации "Об авторском праве и смежных

правах". — М., 1993. — Ст. 30—34.

***Авторські договори***

***519***

на використання твору. Здатність до творчої діяльності не збігається з цивільно-правовою дієздатністю, нерідко авто­рами можуть бути неповнолітні або навіть малолітні.

Якщо з боку автора виступають дві або більше осіб (спів­автори, кілька спадкоємців або інших павонаступників), то для укладення договору необхідна згода усіх цих суб'єктів не­залежно від того, яка частка авторської винагороди їм нале­жить. Без такої згоди твір не може використовуватися. Вка­зані особи можуть доручити ведення переговорів, підписання договору, а іноді й подальшу роботу з користувачем комусь одному з них. Проте, таке доручення має бути оформлене письмово, воно становить частину авторського договору.

Укладаючи авторський договір з кількома співавторами, слід з'ясувати характер співавторства — роздільний чи неподільний. У першому випадку в договорі може бути зазна­чено авторство окремих співавторів. Проте в усіх випадках колективного твору укладається один авторський договір.

В разі використання кількох колективних творів на кожний з них укладається окремий авторський договір. Так, із співавторами слів пісні — один договір, із співавторами музики — другий. У даному випадку це окремі види творів, а не співавторство.

Автор може передати право на використання свого твору як на території України, так і за рубежем будь-яким громадя­нам і юридичним особам, у тому числі й іноземними. Як правило, контрагентами авторів (співавторів та їхніх право­наступників) виступають юридичні особи — державні, гро­мадські, приватні та інші організації будь-яких форм влас­ності^ які можуть використовувати твір у той чи інший спосіб. У деяких авторських договорах контрагентом автора можуть бути і громадяни, зокрема замовник у договорі художнього замовлення. Будь-який громадянин може укласти договір з художником, скульптором чи фотографом про створення твору на замовлення. Проте у видавничих, постановочних, сценарних та деяких інших авторських договорах контраген­тами авторів виступають юридичні особи.

Авторські договори з іноземними авторами та авторські договори громадян України з іноземними користувачами укладаються з участю Державного агентства України з ав­торських і суміжних прав.

Глава 21

Особливістю авторських договорів є те, що об'єктами (предметами) їх виступають нематеріальні блага — твори науки, літератури і мистецтва. Вони стають об'єктом договору за однієї умови — вони виражені у такій об'єктивній формі, яка дає змогу відтворювати і розмножувати їх. Об'єктом ав­торського договору можуть бути твори, уже створені на мо­мент укладення договору, а також ті, які автор (співавтори) зобов'язується створити і передати для використання.

Важливою творчою ознакою предмета договірних відносин є новизна твору, яка може виявлятися або в самому змісті твору і формі викладу нового змісту, або тільки у формі викладу вже відомого змісту.

Авторський договір має бути укладений у письмовій формі, якщо законодавством не передбачено інше (п. 2 ст. 29 Закону України "Про авторське право і суміжні права"). Письмова форма не обов'язкова для договорів про опублікування творів у періодичних виданнях та енциклопедичних словниках.

Авторські договори бувають двох типів: а) авторський договір на передачу твору для використання; б) авторський ліцензійний договір. За авторським договором на передачу твору для використання автор або правонаступник передає чи автор зобов'язується створити та у встановлений догово­ром строк передати твір організації для використання обу­мовленим за договором способом, а організація зобов'язує­ться здійснити або почати це використання у встановлений договором строк, а також сплатити авторові або його право­наступникові винагороду, крім випадків, зазначених у Законі.

За авторським ліцензійним договором, автор або його пра­вонаступник надає організації право використати твір, у тому числі шляхом перекладу іншою мовою або переробки в обумовлених договором межах і на визначений строк. Організація зобов'язується сплатити винагороду за надання цього права.

Отже, законодавець чітко не розмежовує ці два типи договорів. Минула практика склалася таким чином, що за ав­торським ліцензійним договором автор надає організації право використати твір для перекладу іншою мовою або пере­робки одного виду твору на інший. Зокрема, за цим догово­ром розповідний твір може бути перероблений на дра­матичний або сценарій і, навпаки, сценарій чи драматичний твір може бути перероблений на розповідний.

Авторські договори 521

Перелік авторських договорів наведеними не вичерпуєть­ся. Відповідно до загальновизнаного визначення авторського договору це така угода, за якою автор передає чи зобов'я­заний передати у майбутньому твір для використання. Іншими словами, сутність авторського договору зводиться лише до передачі твору для використання. Проте, на нашу думку, весь цикл авторських договорів не обмежується лише використан­ням твору. Закон України "Про авторське право і суміжні права" передбачає ряд договорів, які за своїм змістом не можна віднести до ліцензійних. Серед учених є й така думка, що авторські договори — це договори на передачу твору для використання, тобто ліцензійні договори. Проект ЦК України взагалі таких договорів, як авторські, не визнає, він містить лише правила про ліцензійні договори, причому однакові для використання творів і об'єктів промислової власності.

Вищеназваний закон передбачає договори автора з робо­тодавцем про створення договору. У ст. 20 цього закону за­значається: "Авторське право на твір, створений за догово­ром з автором, який працює за наймом, належить його авто­ру". Тобто, йдеться про автора, який працює за наймом, і на підставі спеціального договору має створити твір для робото­давця. Інакше цю норму зрозуміти не можна.

Стаття 27 Закону передбачає договір, який регулює пере­дачу (відступлення) авторського права. Пункт 1 цієї статті містить такий припис: "Майнові права можуть бути передані (відступлені) автором або іншою особою, що має авторське право, іншій особі". У цій нормі йдеться не про передачу права на використання, а про передачу (відступлення) всього комп­лексу майнових прав автора.

Нарешті, Закон містить окремі статті про передачу іншим особам саме права на використання твору. Стаття 28 прямо підкреслює, що авторові належить і таке право: "Автору, крім можливості передачі майнових прав, належить виключне право надавати іншій особі дозвіл на використання твору одним або всіма відомими способами на підставі невикпючної чи виключної ліцензії".

Поряд із цією статтею дещо дивною видається ст. 29 Зако­ну, в п. 1 якої зазначається: "Використання твору допус­кається виключно на основі авторського договору з автором або іншою особою, що має авторське право, за винятком випадків, зазначених у статтях 15—19 цього Закону".

Глава 21

З наведених статей можна зробити висновок, що ліцензій­ний договір і договір про передачу права на використання твору — це різні договори, з чим важко погодитися.

Але нас зараз цікавить інше — наведені чотири види договорів, які регулюють відносини автора з іншими особами саме на використання майнових прав на твір, хіба не є ав­торськими. Договір автора з роботодавцем про створення для нього твору безумовно авторський. Ліцензійні договори на використання твору також авторські. Договір про передачу (відступлення) авторського права за своєю природою можли­во і не авторський, але він регулює настільки специфічні ав­торські відносини, що це дає підставу віднести його також до авторських.

Закон України "Про авторське право та суміжні права" передбачає ще одну групу договорів, які також можна віднести до авторських внаслідок їх специфічності. Йдеться про договори на використання суміжних прав. Ці договори ще тільки почали формуватися, але вони передбачені зазначе­ним законом. Виконавці, виробники фонограм та організації мовлення також мають виключні права, які можуть вико­ристовуватися іншими особами лише на підставі договору.

Ще одна група договорів, які тією чи іншою мірою стосую­ться авторських прав, передбачена ст. 40 Закону. У ній ідеть­ся про доручення управління авторськими правами спеціаль­но уповноваженим на це організаціям. Зокрема у п. 1 цієї статті зазначається: "Повноваження на колективне управлін­ня майновими правами передаються авторами та іншими особами, які мають авторське право і суміжні права, безпо­середньо на основі письмових договорів. Колективне управ­ління майновими правами авторів та їх правонаступників зу­мовлює цілу низку договорів: договори про доручення управління майновими правами авторів та їх правонаступни­ків; договори організацій, що управляють майновими права­ми авторів та їх правонаступників на колективній основі, з користувачами творів; договори про взаємне представ­ництво прав та інтересів з іноземними організаціями — гро­мадян України за кордоном, іноземних громадян — в Україні.

Отже, всі зазначені договори становлять один тип договорів, які прийнято називати авторськими.

Цивільне законодавство колишнього СРСР передбачало також так звані типові та зразкові договори, які, на нашу

Авторські договори 523

думку, себе цілком виправдали. Тому варто подумати про те, щоб такі договори розробити і в Україні.

Міністерства і відомства, які мали у своєму складі організа­ції, що використовували твори, розробляли типові договори. В них передбачалися основні умови авторських договорів, від яких відступати не дозволялося, якщо вони погіршували права автора. Типові авторські договори мали нормативний характер, тобто вони були обов'язкові для сторін.

Крім того, ці відомства розробляли зразкові договори для складання авторського договору. Вони не містили обов'язко­вих умов.

**§ 2. Авторські договори. Загальні положення**

З вищевикладеного випливає, що предме­том авторського договору може бути досить широке коло пра­вових дій, пов'язаних з авторськими правами. Передусім це дії автора по створенню самого твору на замовлення робото­давця. Як зазначалося, відносини автора з роботодавцем, які виникають у зв'язку зі створенням твору, також мають бути врегульовані договором. Це прямо засвідчує ст. 20 Закону України "Про авторське право і суміжні права", з п. 1 якої випливає, що відносини роботодавця регулюються двома до­говорами — договором трудового найму та цивільно-пра­вовим договором. За першим договором автор-працівник зобов'язаний виконувати свої трудові обов'язки, в коло яких входить створення певного виду творів (наприклад, художник на підприємстві чи в організації). Проте обов'язок створювати твори має бути прямо передбачений у трудовому договорі, тобто йдеться про так званий службовий твір.

Якщо в обов'язки працівника за трудовим договором не входить створення твору, а твір буде створено, то відносини між автором-працівником і роботодавцем має визначати цивільно-правовий договір. У п. 2 ст. 20 Закону зазначено, що виключне право на використання службового твору належить роботодавцеві, якщо інше не передбачено догово­ром. Постає питання, яким договором? Трудовим? Ви­дається, що ні. Це має бути окремий цивільно-правовий

***524 Глава 21***

договір, у якому передбачено правовий статус створеного працівником твору.

Безумовно, основним предметом авторських договорів є передача іншій особі автором чи його правонаступниками права на використання творів. Це основна група договорів. Але, крім цих правових дій, предметом авторських договорів можуть бути й інші дії. Зокрема, ст. 27 Закону передбачає до­говори про передачу майнових прав автора чи іншої особи, що має авторське право, іншій особі. Йдеться про передачу всього комплексу майнових прав. Інакше кажучи, автор чи особа, що має авторське право, за певну винагороду передає користувачеві, як правило, на весь строк дії авторського права усі свої майнові права, тобто продає свої майнові ав­торські права. Це може бути дарування, міна чи будь-яке інше відчуження, аби воно не суперечило чинному законодавству. Зазначена стаття Закону прямо застерігає, що передача (відступлення) авторського права оформляється авторським договором.

Як уже відзначалося, предметом авторських договорів мо­жуть бути й інші правові дії, пов'язані з використанням чи роз­порядженням твору.

Отже, загальновизнане визначення авторського договору потребує певного уточнення. Так, *за авторським договором автор передає або бере на себе обов’язок створити і у вста­новлений договором строк передати свій товар організації для використання договорі способом, а організа­ція зобов'язується здійснити або почати використання у втановленний строк, а також сплатити авторові вина­городу, крім випадків, зазначених у законі.*

За цим визначенням, як бачимо, предметом авторського договору є саме передача твору для використання. Проте за чинним законодавством предметом авторського договору можуть бути й інші, правові дії — будь-яке відчуження ав­торських прав, передача права на використання, передача права на управління майновими правами автора та інші.

Таким чином, авторський договір можна було б сформулю­вати так: *авторський договір —це угода автора чи його пра­вонаступників з іншими особами про вчинення відповідно до закону будь-яких дій з приводу володіння, користування та розпорядження твором.*

***Авторські договори 525***

Авторський договір — двостороння і консенсуальна угода.

Відповідно до п. 2 ст, 29 авторські договори мають укла­датися у письмовій формі, якщо законодавством про автор­ське право і суміжні права не передбачено інше. Проте єдиний Закон України "Про авторське право і суміжні права" не містить інших норм про форму авторського договору. У проекті ЦК України є одна ст. 1173 про форму ліцензійного договору. У ній зазначається: "Ліцензійний договір має бути укладений у письмовій формі, якщо інше не передбачено погодженням сторін.

Письмова форма не є обов'язковою для авторських ліцен­зійних договорів про опублікування твору в періодичних ви­даннях та енциклопедичних словниках".

Практика укладення авторських договорів пішла саме цим шляхом — договори про видання твору в періодичних видан­нях та енциклопедичних словниках, як правило, укладаються в усній формі.

**Сторони в авторському договорі.** Сторонами в авторсь­кому договорі можуть бути як фізичні, так і юридичні особи. Стороною в такому договорі є передусім сам автор — тільки фізична особа. Варто зауважити, що суб'єктом авторських прав може бути і юридична особа, але не автор. Автором мо­жуть бути громадянин України, іноземний громадянин чи особа без громадянства, при цьому незалежно від віку.

Проте суб'єкт авторських правовідносин — це не тільки автор, а й інші особи, яким належать авторські права. За за­коном до них належать спадкоємці та інші правонаступники, до яких авторські права перейшли відповідно до закону. Ними можуть бути будь-які юридичні особи, в тому числі іноземні юридичні особи, а також держава.

Таким чином, суб'єктом авторських правовідносин є сам автор або його правонаступники — спадкоємці, інші особи, до яких авторське право перейшло відповідно до закону, — з однієї сторони. Ця сторона в авторському договорі не має спеціальної назви, її прийнято називати "автор або його пра­вонаступники".

Автор — це особа, творчою працею якої створено той чи інший твір. Автором можуть бути і неповнолітні діти. При цьому неповнолітні віком від 15 до 18 років укладають ав­торські договори самостійно, а за неповнолітніх віком до

***Глава 2-І***

15 років договори укладають від їх імені батьки або опікуни (статті 13І14ЦК).

Нерідко буває так, що на стороні автора виступають кілька осіб (співавторів). Співавторами є особи, спільною творчою працею яких створено твір. Відносини між ними визначають­ся угодою, укладеною між ними. Право опублікування та іншого використання твору належить однаковою мірою всім співавторам. Один співавтор не може без достатніх підстав відмовити іншим у дозволі на опублікування, інше вико­ристання або зміну твору. Якщо авторський договір укла­дається від імені співавторів, то його підписують усі співавтори.

Стороною авторського договору з цього боку можуть бути й інші особи — спадкоємці автора та інші його правонаступ­ники. Якщо авторський договір укладається спадкоємцями, то вони зобов'язані подати документи, що засвідчують їх правонаступництво.

Другою стороною в авторському договорі, як правило, є юридична особа — організація чи підприємство, яке має можливість використати твір у той чи інший спосіб. Це можуть бути юридичні особи, засновані на будь-якій формі власності, державні, приватні, іноземні тощо. Але цією стороною ав­торського договору є не тільки ті організації, що можуть використовувати твір. Цією стороною може бути роботода­вець, набувач авторських прав за договором про передачу (відступлення) майнових прав автором або іншою особою, що має авторське право, організація, що управляє авторськими правами на колективній основі.

Цією другою стороною авторського договору може бути й фізична особа, що, як правило, виступає замовником на ство­рення, наприклад, твору живопису чи скульптурного. Фізична особа може виступати і як користувач твору.

Закон України/Про авторське право та суміжні права" передбачає чимало випадків бездоговірного використання творів, тобто коли використання твору іншими особами можливе без згоди автора і без укладення авторського дого­вору. Закон називає такі випадки вільним використанням твору (ст. 15). За цією статтею без згоди автора або іншої особи, що має авторське право, але з обов'язковим зазна­ченням імені автора і джерела запозичення допускається використання твору без укладення авторського договору і

Авторські договори 527

без виплати авторської винагороди, крім випадку, передба­ченого ст. 19 Закону.

Випадки бездоговірного використання творів передбача­ють статті 15—19 Закону. Вони досить численні, але це виправдовується метою використання. Так, Закон передба­чає бездоговірне використання цитат, уривків творів як ілюстрацій, відтворення у пресі опублікованих у газетах або журналах статей з поточних економічних, політичних, релі­гійних питань, відтворення поточних подій засобами фото­графи або кінематографії, видання випущених у світ творів рельєфно-крапковим шрифтом для сліпих, публічне виконан­ня музичних творів під час офіційних і релігійних церемоній, а також похоронів, відтворення твору для особистого корис­тування.

Перелік, наведений у ст. 15 Закону, є вичерпним і розши­реному тлумаченню не підлягає. Крім цього переліку, Закон передбачає вільне використання твору бібліотеками та архівами, репрографічне відтворення для власних потреб;

вільне відтворення примірників творів для навчання; вільне відтворення комп'ютерних програм, а також вільне відтво­рення в особистих цілях творів, зафіксованих у звуко- та відеозаписах.

Авторський договір повинен відповідати встановленим вимогам. Він має передбачати способи використання твору (конкретні права, що передаються за договором). Так, якщо твір передається для використання тільки шляхом видання, його можна використати тільки у такий спосіб. Це означає, що видавець не має права розповсюджувати твір будь-яким іншим способом, публічно виконувати чи показувати його.

Якщо в авторському договорі не передбачено умову про спосіб використання твору (конкретних прав, що передаються за авторським договором), договір вважається укладеним на такі способи використання твору, які можуть вважатися необхідними для досягнення наміру сторін, які вони мали в момент укладення договору. Наприклад, передача права на відтворення літературного твору може передбачати і його розповсюдження.

Важливою умовою авторського договору є строк його Здійснення, виконання. В авторському договорі можуть бути передбачені різні строки, які, зокрема, конкретизуються у

528 Глава 21

зразкових авторських договорах. Це можуть бути передусім строки дії самого договору, строки виконання умов договору, строки видання твору чи публічного показу тощо. Але зараз йдеться лише про строки дії самого договору. Ці строки визна­чаються угодою сторін. Безумовно, вони не можуть бути триваліші, ніж чинність самого авторського права. Проте, коли в авторському договорі умову про строк його дії не передбачено (наприклад, не передбачений строк, на який передається право), договір може бути розірваний після закінчення п'яти років від дати його укладення. Необхідною умовою договору в такому разі є попередження користувача за шість місяців до розірвання договору. Але незалежно від наявності в авторському договорі умови про строк автор або його спадкоємці мають право розірвати такий договір після закінчення десяти років від дати його укладення, повідо­мивши про це користувача за шість місяців до розірвання до­говору (п. 2 ст. 1174 проекту ЦК).

Якщо в авторському договорі не передбачено умову про територію, на яку передається авторське право, то чинність права поширюється на всю територію України.

Винагорода за використання твору чи передачу майнових прав визначається угодою сторін. Винагороду за використан­ня твору, за загальним правилом, встановлюють в автор­ському договорі у вигляді відсотка від доходу за відповідний спосіб використання.твору. Тобто винагорода має виплачу­ватися за кожний спосіб використання твору окремо. Якщо встановити розмір винагороди у вигляді відсотка від доходу неможливо у зв'язку з характером твору або особливостями його використання, то винагороду визначають у вигляді зафіксованої у договорі чітко визначеної суми або іншим спо­собом.

Проте в договорі Не може бути умов, які обмежують автора у створенні ним у майбутньому творів на певну тему або в певній галузі. Такі умови авторського договору визнаються недійсними.

Умови авторського договору, що суперечать положенням Закону України "Про авторське право і суміжні права" або погіршують права автора порівнянне із зазначеним законом, є недійсними.

Авторські договори 529

**§ 3. Види авторських договорів та їх зміст**

Найпоширенішими є авторські договори про використання творів. До них належать: видавничий дого­вір; договір про депонування рукопису твору; постановочний договір; сценарний договір; договір художнього замовлення;

договір про використання у промисловості неопублікованого твору декоративно-прикладного мистецтва.

**Видавничі договори** у свою чергу поділяються на: видав­ничий договір на літературні твори; видавничий договір на твори образотворчого мистецтва; видавничий договір на музичні твори; договори на видання творів у перекладі та інші.

Розглянемо загальні положення про видавничий договір. Раніше відносини автора з видавництвами регулювалися, крім ЦК, також спеціальними типовими договорами, які містили основні умови типізованого того чи іншого видавни­чого договору. В Україні типових видавничих договорів зараз немає. Проте практика укладення їх досить багата.

Предметом видавничого договору можуть бути твори в га­лузі літератури, музики, образотворчого мистецтва, тобто будь-які твори, які допускають можливість відтворити і роз­повсюдити видавничими засобами (друкарським або іншим способом).

*Видавничим авторським є договір, на підставі якого автор чи його правонаступник передає або зобов'язується пере­дати видавництву твір наукової чи літературної творчості, а видавництво бере на себе зобов'язання цей твір опубліку­вати, тобто випустити у світ.*

Випуском твору у світ або опублікуванням визнається випуск в обіг примірників твору чи фонограми за згодою ав­тора або іншої особи, яким належить авторське право та суміжні права, у кількості, що задовольняє розумні потреби публіки шляхом продажу, здачі в найом, публічного прокату або шляхом іншої передачі права власності чи права володін­ня примірником твору або фонограми. Під опублікуванням розуміється також надання доступу до твору чи фонограми через електронні системи інформації.

530 Глава 21

Об'єктом видавничого договору є продукт творчої діяльності автора — твори науки, літератури чи мистецтва, виражені в об'єктивній формі, яка дає можливість відтворювати твір і розповсюджувати його, тобто випускати у світ. Як уже відзначалося, об'єктом видавничого договору може бути як готовий твір, так і твір, який автор ще тільки зобов'язується створити і передати видавництву. Це можуть бути твори художні, наукові, суспільно-публіцистичні, на­вчальні тощо, твори образотворчого мистецтва — оригінали, ескізи, ескізи-макети; музичні твори — ноти у формі клавіру, партитури тощо1.

**Зміст видавничого договору** становлять права та обо­в'язки сторін. Передусім видавничий договір має містити поштові адреси сторін, визначається місцезнаходження видавництва, особа, яка представляє його і діє на підставі статуту чи іншого документа, що робить цю особу управомо-ченою. Зазначається повне ім'я, по батькові та прізвище ав­тора чи його правонаступника та їх точна адреса.

У договорі обов'язково має бути зазначено місце і дата його укладення.

Далі в договорі чітко визначається його об'єкт — твір і наводиться його попередньо погоджена назва. Назва твору може уточнюватися в процесі роботи над твором.

Автор зобов'язаний передати твір в обсязі та за структу­рою, що визначені завданням видавництва, яке додається до видавничого договору і є його невід'ємною частиною. Зав­дання формулює видавництво, воно вважається прийнятим автором з моменту його письмової згоди на це.

В договорі автор має однозначно підтвердити належність саме йому авторського права і те, що він не зробив ніяких розпоряджень щодо нього, які б суперечили чинному законо­давству чи умовам договору. Таке застереження має стосу­ватися також усякого іншого матеріалу, що використовується у творі. Якщо автор пропонує ілюстративний матеріал, який йому не належить, він має застерегти про це видавництво.

Розглянемо зміст договору на прикладі конкретної видавничої угоди.

Пив.: *Мусіяка ВЛ.* Авторські договори. — С. 39.

***531***

Авторські договори

За видавничим договором автор передає видавництву на погоджений сторонами строк виключне чи не виключне право на відтворення і розповсюдження твору. Іноді цей обов'язок у видавничому договорі формулюється так: "Автор передає видавництву на визначений законом час дії автор­ського права виключне, без територіальних обмежень, право розмноження і розповсюдження твору для всіх видань і тиражів без обмеження кількості примірників і будь-якою мовою".

Крім того, автор може передати видавництву на час тривання основного права ще й додаткові права:

а) право попередньої публікації чи пізнішого передруку повністю або частково, в тому числі в газетах або часописах;

б) право перекладу іншими мовами;

в) право надання ліцензій на україномовні видання в інших країнах;

г) право на видання мікрокопій;

д) право на інші форми розмноження, у тому числі фото­механічним чи подібним до нього способом (наприклад, фотокопіюванням);

е) право запису чи знімання на апаратурі для пізнішого повторення у зображенні чи звуку, як і право розмноження та відтворення таких записів;

є) право надання ліцензій на реалізацію вищезазначених прав.

Наведений текст одного із пунктів видавничого договору свідчить, що видавництво перебирає на себе фактично всі майнові права автора, причому на весь строк чинності ав­торського права. Цей пункт не суперечить чинному законо­давству з авторського права, але він істотно обмежує дії ав­тора щодо твору. Автор відповідно до цього пункту не може передати цей же твір у майбутньому будь-якому іншому ви­давництву, оскільки він фактично видав видавництву виключ­ну ліцензію на весь строк чинності його авторського права — протягом життя автора і 50 років після його смерті.

Цією умовою видавництво забезпечує собі свободу дій фактично на невизначений строк, а автор обмежений у своєму праві користуватися і розпоряджатися своїм твором на свій розсуд. Автор зобов'язаний передати до видавництва підготовлений відповідно до видавничих вимог підписаний рукопис у двох примірниках у вигляді машинописного тексту

**532 *Глава 21***

через два інтервали або якісного принтерного відбитка або дискети. До рукопису додається також список використаної літератури.

**Обов'язки видавництва.** Протягом 6 тижнів від подання автором усього твору видавництво зобов'язане розглянути рукопис і прийняти рішення про його прийняття, необхідність доопрацювання чи відхилення, про що повідомляє автора.

Протягом встановленого у договорі строку видавництво повинно видати твір. При цьому воно бере на себе всю орга­нізацію, матеріально-технічні, фінансові та інші витрати щодо підготовки рукопису до друку, виготовлення і розповсюджен­ня тиражу. Видавництво здійснює також художнє та технічне оформлення, встановлює розміри тиражу, термін випуску, порядок розповсюдження. Строк видання твору — 6 місяців від дати прийняття рукопису.

Видавництво виплачує авторові гонорар у встановленому договором розмірі протягом місяця після виготовлення тиражу.

Видавництво зобов'язане при виданні твору друкувати в ньому знак © відповідно до Закону України "Про авторське право і суміжні права".

**Обов'язки автора (авторського колективу).** Автор подає рукопис видавництву у встановлений договором строк і підготовлений відповідно до видавничих вимог. Він відповідає за достовірність і повноту матеріалу та відомостей у рукописі або на магнітному носії (дискеті).

В разі потреби на пропозицію видавництва, автор зобов'я­заний доопрацювати твір в обумовлений строк, виконати ав­торське коригування тексту та також вичитати верстку. Якщо поданий автором рукопис виявиться неякісним або автор не сумлінно виконав свої обов'язки, видавництво може пору­шити питання про зменшення суми гонорару. В разі неподан­ня рукопису в обумовлений договором строк видавництво має право на відшкодування автором заподіяних видав­ництву фінансових та моральних збитків.

**Авторський гонорар.** Розмір авторського гонорару вста­новлюється угодою сторін у гривнях за один авторський аркуш. Кількість авторських аркушів визначається після виго­товлення оригінал-макета.

У разі повторного випуску твору авторський гонорар також визначається угодою сторін, але видавництво може встанов'

***533***

Авторські договори

лювати свої розміри, наприклад 50 відсотків від суми гонора­ру, виплаченого за перше видання.

Видавництво може використати твір і в інший спосіб, передбачений договором. У такому разі одержаний внаслідок реалізації додаткових прав прибуток розподіляється між ав­тором і видавництвом за їх угодою. Проте і в цьому разі видавництво може виставити свої умови, наприклад розподілити зазначені прибутки 50 на 50 відсотків між авто­ром і видавництвом. Після смерті автора право на гонорар переходить до його спадкоємців на час чинності авторського

права.

Автор одержує за рахунок видавництва авторські примір­ники твору: при першому виданні— 10 примірників, при пов­торних виданнях — по 2 примірники незалежно від кількості співавторів. Так, якщо перевидається підручник, наприклад з цивільного права, написаний колективом з 10 співавторів, то їм видається аж 2 примірники на весь колектив. Як бачимо, і тут видавництво прагне зекономити на авторах.

У разі виникнення потреби у повторному виданні твору, то воно може бути здійснене лише за згодою автора. Видав­ництво зобов'язане повідомити автора про намір перевидати твір. При цьому воно має право перевидати твір будь-яким тиражем.

Авторський договір може бути змінений тільки за взаєм­ною згодою сторін. Сторони мають право порушувати питан­ня про розірвання авторського договору в разі порушення умов договору однією із них.

В авторському договорі може бути передбачена умова про його конфіденційність, за якою сторона зобов'язується не розголошувати інформацію щодо як самого договору, так і його змісту третім особам.

Авторський договір має бути підписаний сторонами.

Наведений зразок авторського видавничого договору не є обов'язковим для сторін. Вони можуть включати до договору будь-які Інші умови, аби лише вони не суперечили чинному законодавству, в тому числі й такі, які не погіршують стано­вище автора.

Спірним є питання, чи може автор укласти договір на видання одного і того ж твору з двома видавництвами одно­часно, якщо в договорі немає умови, яка б забороняла це.

**534 *Глава 21***

У типових видавничих договорах, що діяли раніше, була спеціальна умова, за якою автор передавав видавництву рукопис для видання строком на три роки від дня схвалення рукопису видавництвом. З дня укладення договору і до закінчення трьох років після схвалення рукопису автор зобов'язаний не передавати для видання іншим організаціям цей же твір чи його частину без попередньої письмової згоди видавництва, з яким він уклав договір. Чинний Закон України "Про авторське право і суміжні права" не містить норми, яка б забороняла авторові укласти видавничий договір з двома видавництвами одночасно на один і той же твір. Хоч з точки зору практичної роботи це недоцільно, оскільки чинність двох видавничих договорів на один і той же твір і в один і той же час безумовно завдає шкоду обом видавництвам. Проте зга­даний закон не вважає це порушенням і не встановлює за нього будь-яку відповідальність.

**Договір про депонування рукопису.** Тривалість видання твору досить часто зумовлює передчасне старіння інформа­ції, яка становить його зміст. Це стосується переважно наукових творів. Крім того, висока вартість видання такого твору, необхідність донести наукову чи науково-технічну інформацію якнайшвидше до заінтересованих осіб зумовили необхідність пошуків іншого, відмінного від видання, способу донесення інформації до широкого кола читачів. Такий спосіб був знайдений у формі депонування рукопису твору без його видання. Належним чином оформлений твір передається певній організації для зберігання з метою ознайомлення з твором будь-кого, хто цього бажає. Така форма інформації дістала назву "депонування", з'явився новий вид авторського договору, який поки що грунтовно не досліджено. Немає і нормативного акта, який би регулював відносини депону­вання1.

Об'єктом договору є реферати статей, огляди, монографії, збірники наукових праць, матеріали конференцій, з'їздів, нарад, симпозиумів тощо вузькоспеціального характеру, які буває недоцільно видавати звичайним друкарським спосо­бом. Особливості зазначених об'єктів полягають у їх рукопис-Див.: Інструкція про порядок депонування наукових робіт у ДНТБ України. — К. — 1993.

Авторські договори 535

ній формі і вузькоспеціальному характері. Але варто мати на увазі, що видавничий процес не тільки тривалий, а й досить дорогий, що істотно обмежує можливості як авторів, так і організацій (наукових, навчальних тощо). Проте потреба опублікувати твір є іноді досить гострою. Ось тоді в нагоді стає депонування. При цьому автор зберігає за собою право на видання цього твору. Важливе значення має й те, що депо­нування твору є однією із форм обнародування, або публікації (випуску твору у світ).

Тези доповідей, крім доповідей на міжнародних, респуб­ліканських наукових з'їздах, конференціях і семінарах, звіти про науково-дослідні та проектно-конструкторські роботи і дисертації об'єктом договору про депонування бути не можуть.

Суб'єктами цього договору виступають організації усіх форм власності. З одного боку, це можуть бути науково-дослідні, проектно-конструкторські організації, вищі навчаль­ні заклади, редколегії або редради наукових і науково-техніч­них журналів та інші організації, з другого — Державна науко­во-технічна бібліотека України, група депонування.

**Права та обов'язки сторін у договорі про депонування рукописів.** Обов'язки підготувати рукопис до депонування відповідно до встановлених вимог покладаються на самого автора або організацію, що подає рукопис. Передусім має бути прийнято рішення про депонування рукопису. Таке рішення мають право приймати вчені, науково-технічні (тех­нічні), редакційно-видавничі ради наукових, науково-дослід­них, проектно-куонструкторських організацій, вищих на­вчальних закладів; редколегії або редакційні ради наукових, науково-технічних журналів. Рішення зазначених органів має затвердити керівник організації.

До рукопису додається реферат.

Підготовлені відповідно до встановлених вимог рукопис і реферат та інші необхідні документи, передбачені норматив­ними актами, подані до організації інформації, має розгляну­ти організація депонування, за наслідками розгляду прий­мається рішення про прийняття рукопису на депонування.

Направлення рукопису на депонування здійснюється тільки за згодою автора. Організація, яка направляє рукопис на депонування, відповідає за її зміст.

***536 Глава 21***

Таким чином, з договору про депонування рукопису випливає право організації на передачу рукопису на депону­вання, а для органу інформації — обов'язок прийняти підготовлений відповідно до встановлених вимог рукопис на депонування.

Проте орган інформації може відмовити у прийнятті руко­пису на депонування, якщо рукопис буде оформлено нена­лежним чином.

Факт прийняття рукопису на депонування і опублікування реферату засвідчується довідкою про депонування. Факт де­понування рукопису прирівнюється до опублікованих друко­ваних робіт.

Таким чином, автор рукопису після його депонування на­буває авторських прав опублікованої роботи, але не має права на винагороду.

Інформація про депонування рукопису здійснюється шля­хом публікації рефератів (або бібліографічних описів) цих рукописів у відповідних реферативних журналах та бібліографічних покажчиках.

Доступ до рукопису мають усі заінтересовані особи. Крім того, на їх прохання орган інформації, що прийняв рукопис на депонування, видає за встановлену плату копію рукопису або її частини.

Договір про депонування рукопису близький до договору зберігання. Депонування і є передача на зберігання. Проте між цими договорами є істотні відмінності, які дають підставу віднести договір про депонування до авторських договорів. Своєрідність цього договору полягає в тому, що на відміну від договору схову (ст. 413 ЦК) його предметом є не майно вза­галі а саме рукопис, який передається на схов завжди на невизначений строк. Після закінчення певного строку власник майна, що передав його на схов, зобов'язаний його забрати. Такого обов'язку немає у договорі про депонування.

Таким чином, договір про депонування рукопису є реаль­ний, права та обов'язки в якому виникають з моменту пере­дачі рукопису на депонування. Цей договір породжує для ав­тора рукопису позитивні наслідки — депонований рукопис прирівнюється до опублікованої друкованої роботи, тобто до творів, випущених у світ за видавничим договором. Отже, договір на депонування рукопису є реальна угода, за якою організація передає належним чином оформлений рукопис

***авторські договори 537***

органові інформації на зберігання та інформування всіх заінтересованих осіб про його зміст, а також надає можливість ознайомитися із самим рукописом.

**Постановочний договір.** Зміст літературного твору може бути обнародуваний (випущений у світ) шляхом його публіч­ного виконання на сцені спеціальних видовищних організацій. У такий спосіб найчастіше у світ випускають музичні, дра­матичні, естрадно-циркові та інші твори.

Раніше за чинним законодавством предметом сценічного договору міг бути тільки неопублікований твір. Опублікований твір використовувався без договору з автором. Нині Закон України "Про авторське право та суміжні права" такої можливості видовищній організації не надає — твір незалеж­но від того, опублікований він чи ні, видовищна організація може використати тільки за договором з автором.

Постановочний договір є консенсуальна угода, на підставі якої автор передає або зобов'язується створити і передати видовищній організації драматичний, музичний або музично-драматичний, хореографічний або пантомімний твір, а орга­нізація-постановник зобов'язується здійснити в обумовлений договором строк постановку і публічне виконання твору (випустити його у світ) та виплатити авторові обумовлену до­говором винагороду.

*Об'єкти* постановочного договору — драматичні, музичні, музично-сценічні, хореографічні та пантомімні твори як ство­рені на момент укладення договору, так і ще не створені.

*Суб'єкти* постановочного договору — автор-творець сценічного твору і відповідна видовищна організація. Якщо твір створено кількома авторами (автор лібрето опери і ком­позитор), суб'єктами постановочного договору є автори усіх складових частин твору.

За постановочним договором автор передає або зобов'я­зується створити і передати видовищній організації для публічного виконання обумовлений договором твір, що має відповідати творчій заявці автора, схваленій організацією.

Видовищна організація зобов'язана здійснити публічне виконання твору протягом строку, обумовленого договором. За загальним правилом, автор зобов'язується до першої по­становки твору або до закінчення строку на постановку (інше публічне виконання) не передавати цей же твір іншій видовищній організації для публічного виконання у тому ж

**538 *Глава 21***

місті. Отже автор має право укладати постановочний договір з театрами інших міст, але така умова не обов'язкова.

Видовищна організація зобов'язана виплатити авторові твору винагороду за його використання. Розмір винагороди визначається угодою сторін. Проте практика виробила певний порядок виплати винагороди за виконання твору шля­хом публічного виконання. Винагорода, що виплачується ав­торові, складається з двох частин: одноразової винагороди і відрахувань від поспектакльних зборів. Сума одноразової винагороди визначається угодою сторін з урахуванням виду, обсягу та якості твору. Поспектакпьна винагорода обчис­люється в розмірі, що встановлюється нормативними актами1. Авторська винагорода за публічне виконання твору нараховується, як правило, незалежно від того, платний чи безплатний вхід для глядачів чи слухачів. Наприклад, за музику, що її виконують оркестри на танцювальних майдан­чиках, у будинках культури, палацах культури, авторська винагорода нараховується в усіх випадках. Тому зазначені видовищні підприємства зобов'язані чітко зазначати, якого автора музика виконувалася.

Театр має право розірвати договір і стягнути з автора одержані ним суми, включаючи аванс, у таких випадках:

автор не подав твору у встановлений строк зі своєї вини чи в строк, встановлений для внесення виправлень і доопра­цювання;

при невідповідності твору затвердженій і погодженій з ав­тором заявці;

при відмові автора внести необхідні виправлення, якщо ви­мога про їх внесення не виходить за межі заявки і договору;

при виявленні плагіату в частині чи цілому творі.

Аванс може бути стягнутий і в разі визнання судом недобросовісності автора у виконанні замовлення. В інших випадках розірвання договору не тягне за собою стягнення авансу.

**Сценарний договір** — це договір, за яким автор передає або зобов'язується створити і передати кіно-, теле- або

Див.: Постанова Кабінету Міністрів України "Про мінімальні ставки авторської винагороди за використання творів літератури і мистецтва" вів 18 листопада 1994 р. з додатками. / ЗПУ України. — 1995. — № 2. — Ст. 33.

Авторські договори 539

організації радіомовлення сценарій для фільму або телерадіо-передачі в обумовлений строками строк, а студія зобов'я­зується сплати авторові обумовлену договором винагороду.

Сценарний договір за раніше чинним законодавством відзначався особливостями. Перша з них полягала в тому, що кіно-, теле- або радіостудія не була зобов'язана використати твір, тобто випустити його у світ. При цьому студія зобов'я­зана була виплатити авторові чи авторам гонорар відповідно до закону. Такої умови нині чинний Закон України "Про ав­торське право та суміжні права" не містить.

Друга особливість (як і в попередньому постановочному договорі) полягала в тому, що об'єктом договору міг бути тільки неопублікований твір. Такої вимоги у чинному законо­давстві також немає.

Згаданий закон та інші нормативні акти з авторського права не містять норм, які б регулювали відносини за сце­нарним договором. Типових договорів Україна поки що не має і навряд чи вони будуть. Тому регулювання зазначених відносин буде викладено за загальними правилами про ав­торські договори та усталену практику їх укладення.

Сценарний договір може бути *реальним* або *консенсу-альним.* Коли йдеться про передачу студії (організації) гото­вого твору, то в такому разі це буде реальний договір. Коли ж йдеться про створення твору та його наступну передачу для використання, то це вже консенсуальний договір. Сценарний договір — договір *двосторонній* і *сплатний.*

Об'єктом сценарного договору є літературний сценарій. Він має відповідати творчій заявці, яку затверджує організа­ція-постановник і яка додається до сценарного договору. За загальним правилом, творча заявка містить виклад основної ідеї твору, сюжетний задум і характеристику головних діючих осіб майбутнього сценарію. У сценарії має бути даний опис повних і послідовних дій, діалогів тощо, тобто це закінчений кіно-, теле- чи радіодраматичний твір.

Слід мати на увазі, що творцем аудіовізуального твору є не лише автор літературного сценарію. Автори музичних творів, використаних у творі, режисери, художники-постановники, оператори тощо — всі вони є творцями аудіовізуального твору. Але зараз йдеться про договір на створення лише літературного сценарію, який має бути ідейно-художньою основою аудіовізуального твору.

**540 *Глава 21***

Сторонами у договорі завжди є автор (сценарист) і орга­нізація (підприємство), яка на основі літературного сценарію має створити аудіовізуальний твір чи твір для радіомовлення. В роботі над сценарієм можуть брати участь кілька авторів — автори діалогів, текстів пісень, музики тощо. У такому разі всі вони є стороною у договорі. Сценарний договір може бути укладений також із правонаступниками автора.

Контрагентом автора у сценарному договорі є організація будь-якої форми власності, яка здійснює виробництво аудіовізуального твору або іншим способом має використати літературний сценарій.

Укладення сценарного договору породжує для сторін певні права та обов'язки в основному такі, як і в будь-якому іншому авторському договорі. Проте у сценарному договорі є свої особливості, які зумовили характер прав та обов'язків. За цим договором автор передає або зобов'язується створити і передати літературний сценарій для аудіовізуального твору чи радіомовлення. Якщо автор бере на себе обов'язок ство­рити твір, то в договорі визначається строк виконання такого замовлення, якого автор повинен дотримуватися. За загаль­ним правилом, у договорі може бути умова, за якою автор протягом певного строку не може передати цей же літературний сценарій іншим організаціям для використання.

Якщо організація, яка взялася використати літературний сценарій, внаслідок попереднього його розгляду прийде до висновку, що сценарій слід доопрацювати, то автор зобов'я­заний це зробити в обумовлений строк.

На автора літературного сценарію може бути покладено за договором обов'язок брати участь у роботі по реалізації сценарію (консультування режисера-постановника, акторів з питань трактування сцен, образів дійових осіб, обставин дій тощо).

У свою чергу організація-постановник зобов'язується за договором надавати авторові необхідні консультації та іншу допомогу. Проте вона не має права без письмової згоди ав­тора вносити зміни до літературного сценарію, його назви, а також у позначення імені автора. Організація повинна зазна­чати прізвище автора в усіх випадках використання твору — літературного сценарію.

За загальними правилами, що вироблені практикою, організація-користувач літературного сценарію має право

***Авторські договори 541***

розірвати договір і стягнути з автора всі виплачені йому за договором суми в таких випадках:

літературний сценарій не поданий у строк, обумовлений договором, або у строки, визначені для доопрацювання сценарію;

поданий літературний сценарій не відповідає вимогам і умовам договору;

автор літературного сценарію відмовився вносити до нього виправлення і доробки, запропоновані організацією-користу­вачем відповідно до договору і творчої заявки;

автор літературного сценарію без письмової згоди орга­нізації-користувача, з якою укладено сценарний договір, передав цей же літературний сценарій для використання третій особі;

без письмової згоди організації-замовника літературного сценарію автор залучав до його написання третіх осіб;

суд визнав недобросовісність автора при написанні замов­леного йому літературного сценарію.

**Договір художнього замовлення** — угода, за якою автор зобов'язується створити і передати замовникові в обумов­лений договором строк твір образотворчого мистецтва, а замовник зобов'язаний прийняти виконану роботу і оплатити її вартість. Це договір *консенсуальний, двосторонній* та *сплатний.*

Зазначений договір використовується для регулювання відносин автора і замовника досить широко, оскільки часто виникає необхідність створити твір образотворчого мистецт­ва саме на замовлення. Як правило, ініціатива укладення за­значеного договору виходить не від автора, а від замовника, бо саме в нього виникає потреба у створенні певного твору. Мета створення твору образотворчого мистецтва може бути різна, сфера його чинності досить широка. Це можуть бути різні форми живопису, скульптури, фотографії тощо, призна­чені для оздоблення житла, парків тощо, для увічнення пам'яті державних чи громадських діячів або близьких родичів тощо.

Договір художнього замовлення має дві особливості. Перша полягає в тому, що замовником може бути будь-яка особа — фізична, юридична, іноземний громадянин, особа без громадянства, іноземна юридична особа. При цьому особливого значення не має, чи є організація-замовник юридичною особою. Замовником може виступати й орга-

542 Глава 2'

нізація, яка прав юридичної особи не має, вона сама є скла довою частиною юридичної особи.

Другою особливістю договору художнього замовлення є те що замовник не зобов'язаний випускати твір образотворчого мистецтва у світ. Він може це зробити, а може й не робити — це його право.

*Сторонами* договору художнього замовлення можуть бути як фізичні, так і юридичні особи. Про замовника йшлося вище. Контрагентом у цьому договорі виступає сам автор. Не має значення, хто буде автором — громадянин України, інозе­мець чи особа без громадянства. Не має значення і вік авто­ра, ним може бути і неповнолітній автор.

Часто виконавцем замовлення на створення твору обра­зотворчого мистецтва виступає не сам автор, а організація, до якої належить автор, наприклад художні майстерні. Але у такому разі це буде вже не договір художнього замовлення, особливістю якого є саме те, що він укладається з автором.

Об'єктом договору художнього замовлення є твір образо­творчого мистецтва. Поняття "твір образотворчого мистецт­ва" охоплює досить широке коло художніх творів. Це живопис, графіка, скульптура, твори декоративно-прикладного мистец­тва, монументально-декоративного та оформлення, а також фотографічні твори та твори, одержані способом, аналогіч­ним фотографії.

**Права та обов'язки сторін за договором художнього замовлення.** Передусім автор зобов'язаний створити і пере­дати замовникові твір образотворчого мистецтва. Автор виконує твір за два етапи. Спочатку він має виконати ескіз майбутнього твору, узгодити його із замовником і лише на основі узгодженого ескізу виконувати сам твір. Автор за власною ініціативою може зробити кілька ескізів на вибір за­мовнику. Проте оплаті підлягає лише один ескіз.

Прийнято вважати ескіз схваленим, якщо протягом 15 днів від дня його передачі замовникові від нього не надійшло за­перечень. Сама робота вважається прийнятою, якщо протя­гом ЗО днів від дня її передачі від замовника не надійде письмова мотивована відмова в прийнятті роботи. Замовник може також запропонувати авторові доопрацювати твір у бажаному аспекті, але він має чітко сформулювати свої по­бажання.

***Авторські договори 543***

Твір може бути відхилений внаслідок творчої невдачі авто­ра, в такому разі виплачений авторові аванс не підлягає поверненню, і сама виконана робота повертається автору.

Як уже зазначалося, замовник зобов'язаний прийняти твір, якщо він виконаний відповідно до умов договору, і опла­тити його вартість. Після цього твір переходить у власність за­мовника, який має право розпорядитися ним на свій розсуд, проте з додержанням законодавства про авторське право. Всі підготовчі матеріали (ескізи, етюди тощо), зроблені авто­ром у процесі роботи над твором, є його власністю, якщо сто­рони не домовилися про інше.

Замовник має право розірвати договір художнього замов­лення в таких випадках:

автор в обумовлений договором строк не передав твору замовникові;

твір не відповідає умовам договору;

автор відмовляється внести зміни чи виправлення, запро­поновані замовником у межах договору;

автор не дотримався умови про особисте виконання роботи або суд довів недобросовісність виконання автором обумовленої роботи.

Якщо роботу не завершено не з вини автора, то замовник зобов'язаний оплатити виконану частину роботи. Розмір плати в такому разі визначається з урахуванням розміру обумовленої винагороди за роботу в цілому і відсотка вико­наної частини.

Досить часто твори образотворчого мистецтва виконують­ся на замовлення громадян. У такому разі право власності на твір переходить замовнику-громадянину, проте за автором зберігаються його авторські права. Стаття 10 Закону України "Про авторське право і суміжні права" проголошує: "Автор­ське право і право власності на матеріальний об'єкт, в якому виражено твір, не залежать одне від одного. Відчуження матеріального об'єкта, в якому виражено твір, не означає відчуження авторського права і навпаки".

З цієї статті випливає, що автор твору образотворчого мистецтва, право власності на матеріальний об'єкт якого належить іншій особі, зберігає за собою всі авторські права, в тому числі право на відтворення і розповсюдження. Без­умовно, така норма досить істотно обмежує права власника матеріального об'єкта твору. Так, наприклад, на замовлення

544 Глава 21

громадянина було виготовлено надгробний пам'ятник, який є оригінальним і мінним витвором високого художнього рівня. Автор цього твору вирішив його відтворити чи то в мініатюрах, чи то в листівках і розмножити. Власник пам'ятника не може цьому заперечувати. Але з огляду на ті чи інші міркування власник матеріального об'єкта твору може цього не бажати, більше того, це може завдати йому певної матеріальної чи моральної шкоди. Проте автор твору не буде відповідати у та­кому випадку перед замовником, оскільки діяв у межах зако­ну. Очевидно, законодавство в цій частині варто було б удос­коналити.

**Договір про використання твору декоративно-приклад­ного мистецтва.** Раніше твір декоративно-прикладного мистецтва заінтересована особа могла використати без до­говору з його автором, якщо твір був уже опублікований, але з виплатою авторської винагороди. Чинний Закон України "Про авторське право і суміжні права" не передбачає поза­договірного використання твору декоративно-прикладного мистецтва, тому такий твір в усіх випадках може бути вико­ристаний тільки на підставі договору з автором.

За договором про використання твору декоративно-прикладного мистецтва автор зобов'язується передати або створити і передати твір декоративно-прикладного мистецтва промисловому підприємству, яке зобов'язується виплатити авторові обумовлену договором винагороду і випустити твір у світ на промисловій основі.

Об'єктом зазначеного договору є твори декоративно-прикладного мистецтва. Бажано, щоб твір не був ще опублі­кований, але закон такої вимоги не містить. Зрозуміло, неопублікований твір, використаний на промисловій основі, матиме більший попит на ринку, тому користувачі-підприємці можуть включити до договору умову про те, що твір деко­ративно-прикладного мистецтва має бути неопублікований.

Законодавство не визначає, що слід розуміти під творами декоративно-прикладного мистецтва. Є тільки приблизний перелік таких творів, які можуть бути об'єктом зазначеного договору1.

' Див.: Додаток № 3 до Постанови Кабінету Міністрів України "Про мінімальні ставки авторської винагороди за використання творів літератури і мистецтва" від 18 листопада 1994 р. № 784.

Авторські договори 545

У зазначеному додатку "Мінімальні ставки авторської винагороди за відтворення творів образотворчого мистецтва І тиражування в промисловості творів декоративно-приклад­ного мистецтва і порядок їх застосування" наведено понад 20 різних творів образотворчого і декоративно-прикладного мистецтва, які можуть бути використані на промисловій основі. До них належать: скульптура, живопис (відтворення), графіка (тиражування естампів), твори живопису, графіки, скульптури, художньої фотографії, декоративно-прикладного мистецтва, що використовуються як елементи оформлення промислової продукції (спортивних, кондитерських та інших промислових виробів, скриньок, коробок, сумок, футлярів, пакетів, упаковок, обкладинок, етикеток, поштових марок, флаковні тощо); твори з кераміки; твори з дерева, рогу, кістки, каміння; твори зі скла, металу, пластмас; твори деко­ративного ткацтва; твори ручного та машинного в'язання;

килими й килимові вироби; вироби з вишивкою, плетіння із бісеру; текстильна галантерея; іграшки; предмети-прикраси, в тому числі ювелірні вироби з дорогоцінного металу і недорогоцінного; моделювання одягу і взуття (за наявності характерних особливостей, які дають підставу для віднесення їх до творів декоративно-прикладного мистецтва); меблі, шпалери; церата, плівка; плитка керамічна.

Це, зокрема, твори утилітарного, сувенірного або декора­тивного призначення, які мають оригінальні художньо-естетичні властивості: художні вироби побутового призначен­ня, що задовольняють практичні потреби, а також є прикра­сою середовища і людини. До цієї категорії належать сер­ветки, килими, хустки, взуття; вироби зі шкіри, кістки, пласт­мас; іграшки, значки, сувеніри; вироби зі скла, фарфору, ме­талу; ювелірні та галантерейні вироби тощо.

**Сторони договору.** Особливістю зазначеного договору є те, що стороною в цьому договорі завжди є промислове під­приємство будь-якої форми власності, яке може використати твір декоративно-прикладного мистецтва. Отже, за цим дого­вором однією із сторін є автор, що створив і передав або зобов'язується створити і передати для використання твір, а контрагентом є промислове підприємство, яке зобов'я­зується випустити твір у світ на промисловій основі. Твір має бути придатний для використання саме на промисловій основі і відповідати певним художньо-естетичним вимогам.

^8 О. Дзера

***546***

Глава21

Зміст договору про використання в промислі декоративно-прикладного мистецтва становлять обов'язки сторін, що випливають **із** договору. Як зазначалось, автор зобов'язаний передати готовий для використання твір в обумовлений договором строк.

Автори за своїм правовим статусом поділяються на дві ка­тегорії. Одну становлять штатні художники промислового підприємства, де буде використано твір, другу ~ художники, як? не зв'язані з зазначеним підприємством трудовим дого­вором. Але йдеться лише про художників. Іноді твір деко­ративно-прикладного мистецтва може бути створено не штатним художником підприємства, де він працює, а іншим працівником, який не є штатним художником. У такому разі з ним має бути укладений договір про використання твору, тоді як із штатним художником такого договору укладати не потрібно, оскільки відносини між ним і підприємством регу­люються трудовим договором.

Якщо твір декоративно-прикладного мистецтва створив штатний художник, а потім цей твір передано на інші підприємства для використання, то з його автором має бути укладений відповідний договір, оскільки для інших підпри­ємств автор твору не є штатним художником.

Авторська винагорода за використання твору декора­тивно-прикладного мистецтва визначається угодою сторін залежно від багатьох факторів, зокрема норми виробітку, а також тиражу.

Відповідальність сторін за договором настає за загальними правилами.

**Договір про створення аудіовізуального твору.** Це оновлений договір у чинному законодавств» про авторське право. Скасована ст. 483 ЦК України передбачала авторське право на кінофільми, радіо- і телевізійні передачі. У ст. 21 За­кону України "Про авторське право і суміжні права" йдеться про окремий вид авторських договорів — договір про ство­рення аудіовізуального твору.

Аудіовізуальним твором є твір, який складається з набору пов'язаних між собою зображень, що створюють відчуття руху, із супроводжуючим звучанням або без нього, який можна бачити, а за наявності супроводжуючого звучання — чути.

Авторські договори

***547***

До аудіовізуальних творів належать кінематографічні та інші твори, виражені засобами, аналогічними кінематогра­фії, — такі, як телевізійні способи фіксації зображень із супроводжуючим звучанням на магнітних плівках, платівках, дисках тощо. Отже об'єктом договору на створення аудіові­зуального твору можуть бути наведені твори.

Проте своєрідність об'єктів зазначеного договору полягає в тому, що аудіовізуальний твір становлять складові, які у свою чергу можуть бути окремими об'єктами авторських договорів. Основою аудіовізуального твору, як уже зазнача­лося, є літературний сценарій. Крім сценарію, аудіовізуальний твір складають діалоги, музичні твори, тексти пісень, послі­довність рухів тощо.

Багатоманітність складових аудіовізуального твору зумов­лює численність його створювачів — авторів. Тому однією із сторін можуть бути автори сценаріїв, діалогів, музичних творів, спеціально створених для аудіовізуального твору, ре­жисери-постановники, художники-постановники, оператори тощо. Для створення окремих елементів аудіовізуального твору можуть залучатися й інші фахівці та митці.

Особливість зазначеного договору полягає в тому, що контрагентом у ньому можуть бути дві особи — організація, що здійснює виробництво аудіовізуального твору, або продю­сер. Такими організаціями є кіностудія, телестудія та інші, що мають своїм родом занять створення аудіовізуальних творів. Це можуть бути організації будь-якої форми власності, але з правами юридичної особи.

Продюсер — особа, яка організує або організує і фінансує постановку аудіовізуального твору. Автори за своїм вибором можуть укладати авторські договори як з організацією, яка здійснить виробництво аудіовізуального твору, так і з продю­сером.

Авторські договори укладаються між організацією, що зобов'язується здійснити виробництво аудіовізуального твору, чи з продюсером і з кожним з авторів окремих творів, що становлять у цілому аудіовізуальний твір. Вони є авторами окремих видів творів, які спеціально створені для даного аудіовізуального твору і увійшли складовою частиною до всього аудіовізуального твору. При цьому не має значення, створено цей твір спеціально для аудіовізуального твору раніше чи в процесі роботи над ним, чи ці твори взагалі існу-

18\*

548 Глава 21

вали раніше (наприклад, музика, текст пісень тощо). Отже, автор раніше створеного твору, переробленого (або не пере­робленого), але включеного складовою частиною до аудіові­зуального твору також вважається співавтором аудіовізуаль­ного твору.

Укладення авторського договору на створення аудіові­зуального твору (або на передачу прав на раніше створені твори) тягне за собою передачу авторами цих творів (або іншими володільцями авторських прав на раніше створені твори) виробникові аудіовізуального твору виключних прав , на використання аудіовізуального твору, якщо інше не перед­бачено авторським договором.

Проте автор музичного твору з текстом чи без тексту, створеного спеціально для аудіовізуального твору, як виняток із загального положення, зберігає право на одержання вина­городи за використання цього музичного твору при кожному його публічному виконанні або публічному сповіщенні, а також здачі внайми примірників аудіовізуального твору.

Це означає, що автори, які зробили внесок або зобов'яза­лися зробити внесок у створення аудіовізуального твору і передати майнові права організації, що здійснює виробниц­тво аудіовізуального твору, чи продюсеру, не мають права за­перечувати проти відтворення, розповсюдження, публічного сповіщення і виконання, передачі в ефір і по проводах для за­гального відома або проти будь-якого іншого публічного сповіщення твору, а також проти субтитрування і дублювання його тексту. Але ця норма не стосується музичних творів, включених до аудіовізуального твору.

Автори творів, які увійшли як складова частина до аудіо­візуального твору (як тих, що існували раніше, так і створених у процесі роботи над аудіовізуальним твором), зберігають ав­торське право кожний на свій твір і можуть самостійно використовувати його незалежно від аудіовізуального твору в цілому. Проте в договорі з організацією, що здійснює вироб­ництво аудіовізуального твору, чи з продюсером може бути передбачено інше.

Виробник аудіовізуального твору має право при кожному використанні цього твору зазначати своє ім'я чи найменуван­ня або вимагати такого зазначення.

Авторські договори 541

**У**

Відповідальність сторін у договорі на створення аудіові­зуального твору за порушення умов договору настає за за­гальними правилами.

**Договір про передачу (відступлення) авторського права.** У ст. 27 Закону України "Про авторське право і суміжні права" йдеться про два договори. В п. 1 цієї статті йдеться про передачу автором чи його правонаступниками іншій особі майнових прав, а також про те, що автор чи його правона­ступники можуть укладати ліцензійні договори (видавати ліцензію). В наступній ст. 28 уже йдеться саме про ліцензійні договори. Зазначена стаття так і називається "Право на невиключну чи виключну ліцензію".

Отже, у названих статтях містяться норми щодо двох різних договорів — договір про передачу (відступлення) ав­торського права і договори про передачу твору для вико­ристання (ліцензійні договори). Чим відрізняються зазначені два договори — про це йтиметься нижче. А зараз варто звер­нути увагу на те, що вислів "передача (відступлення) авторсь­кого права" в літературі і законодавстві тлумачиться неодноз­начне. Як було показано вище, у Законі України "Про ав­торське право і суміжні права" йдеться про два різні договори. У Законі Російської Федерації "Про авторське право і суміжні права" ці два договори тлумачаться як один ліцензійний договір, який у свою чергу поділяється на два види — автор­ський договір про передачу виключних прав і авторський договір про передачу невиключних прав. Проте саме слово "ліцензійний" не згадується взагалі.

Таким чином, законодавець РФ замість усталених понять "виключна ліцензія" і "невикпючна ліцензія" запровадив нові поняття — "виключні права" і "невиключні права". Навряд чи можна визнати це вдалим прийомом, оскільки давно визнано, що саме авторське право є виключним правом і поділяти його тепер ще й на виключні і невикпючні права немає будь-яких правових підстав. Це просто недоцільно, призводить до плутанини.

Видається, що законодавець України чіткіше розрізняє за­значені договори. Договір про передачу авторських прав іншій особі і договорів про передачу права на використання твору (ліцензійний договір) — це не один і той самий договір, вони різні.

**550**

**Глете 21**

Щоб переконатися в тому, що зазначені договори різні, на­ведемо повністю текст п. 1 ст. 27: "Майнові права можуть бути передані (відступлені) автором або іншою особою, що має ав­торське право, іншій особі. Автор або інша особа, що має ав­торське право (ліцензіар), можуть також видати ліцензію іншій особі (ліцензіату) на використання твору відповідно до такої ліцензії. Передача (відступлення) авторського права і видача ліцензії оформляється авторським договором". Наведений текст поза будь-яким сумнівом свідчить, що йдеться про різні договори.

Що являє собою договір про передачу (відступлення) авторського права. Безумовно, мова йде про передачу (від­ступлення) саме майнових прав. Про це прямо сказано в п. 1 ст. 27 цього закону. Питання постає проте, як слід розумгти передачу (відступлення) майнових прав автора. Про яке відступлення йдеться.

В загальновизнаному значенні поняття "відступлення'' є не що інше як відмова від чого-небудь. Таке тлумачення дає І Г.Ф. Шершеневич. Він пише: "Як майнове право, авторське право підлягає відчуженню з боку автора. Перехід авторсько­го права здійснюється за законним спадкуванням, заповітом, договором"1. Отже, мова йде саме про відчуження майнових прав автора. Інакше кажучи, автор має право продати свої майнові права, подарувати їх, обміняти на інші права тощо. Тільки в такому значенні слід розуміти виспів закону "переда­ча (відступлення) авторського права".

Договір про передачу (відступлення) авторського права — це консенсуальна угода, за якою автор чи його правона­ступники передають свої майнові права на твір іншій особі на невизначений строк. Цей договір може бути платним і безоп­латним. Безумовно, автор чи його правонаступники переда­ють увесь комплекс майнових прав без будь-яких застере­жень. Вони за певних умов повністю відмовляються від своїх майнових прав, передаючи їх у власність іншої особи.

Об'єктом цього договору є майнові права автора у повній своїй сукупності. Перелік майнових прав автора наведено у

' Шершеневич Г.Ф. Учебник русского гражданского права. — М., 1995.—С. 257.

Авторські договори

***551***

ст. 14 Закону України "Про авторське право і суміжні права" при цьому він не є вичерпним.

Стороною у договорі може бути сам автор або його право­наступник. До правонаступників належать спадкоємці та інші особи, до яких авторське право перейшло за законом чи до­говором. Такими особами можуть бути як фізичні, так і юридичні особи.

Контрагентом у такому договорі також може бути будь-яка фізична чи юридична особа. Майнові права автора — об'єктом цивільного обороту і. отже, щодо цього об'єкта можуть вчинятися будь-які цивільні правочини.

Цей договір безстроковий, але його чинність зберігається лише в межах чинності самого авторського права. Проте тут можуть виникнути нерозв'язані проблеми. Якщо володільцем майнових прав автора стала інша фізична чи юридична особа, то постає питання, який строк чинності зазначених прав. Видається, що цей строк має встановлюватися відпо­відно до закону, тобто його слід визначати по особі автора. Наприклад, автор продав свої майнові права іншій особі і після продажу прожив ще 20 років. Отже, у набувача май­нових прав автора вони зберігають чинність до смерті автора і 50 років після його смерті.

Відповідальність за порушення умов договору про переда­чу (відступлення) авторського права настає за загальними правилами про відповідальність за зобов'язаннями.

Зазначені договори ще не набули широкого застосування і такої практики поки що немає. Варто було б розробити зра­зок такого договору.

**Авторський договір про видання твору своїм коштом.** Останнім часом поширилися видання літературних творів за рахунок самого автора. Бувають ситуацї, коли авторові вкрай необхідно видати твір якнайшвидше. Найбільше в цьому заінтересовані здобувачі наукових ступенів. Відповідно до встановлених вимог здобувач докторського ступеня може бути допущений до захисту докторської дисертації лише за на­явності монографії не менше 8—10 друкованих аркушів. Видавництва мало заінтересовані у виданні таких наукових праць, оскільки вони не приносять очікуваного прибутку. Тому автори таких монографій вдаються до укладення з видавництвами видавничого договору на видання монографії на свій рахунок.

***552***

***Глава 21***

Автори за таким договором зобов'язані внести до каси видавництва необхідну суму, яка б відшкодувала виробничі витрати. Цю суму визначає видавництво і погоджує її з авто­ром. Вноситься вона до видання твору. Суму може внести сам автор або інші особи, які заінтересовані у виданні твору або бажають посприяти автору з благочинною метою. Так, названу суму може внести навчальний чи науковий заклад, де працює автор, або інша особа, що має намір надати допо­могу авторові.

Видавництво бере на себе обов'язок видати замовлений і оплачений твір в обумовлений договором строк. У такому разі автор бере на себе зобов'язання розповсюдження твору. Виручені від реалізації твору суми є власністю автора, якщо інше не передбачено договором.

Як правило, договір про видання твору за рахунок автора укладається на видання наукових творів. Але чинне законо­давство не містить будь-яких перешкод для видання у такий спосіб будь-якого іншого твору — літературного, художнього тощо.

Зазначений договір має відповідати всім встановленим вимогам.

Відповідальність за порушення умов договору настає за за­гальними правилами.

**Договори про використання об'єктів суміжних прав.** Це зовсім новий вид договорів, які за соєю природою є також ав­торськими, оскільки йдеться про використання результатів творчої діяльності.

Відповідно до Закону України "Про авторське право і суміжні права" об'єктами суміжних прав є виконання твору, фонограми і програми мовлення. Безумовно, виконання твору може стати об'єктом використання лише за умови пев­ної фіксації, в тому числі трансляції та ретрансляції. Фоно­грами і програми мовлення — це вже об'єктивовані резуль­тати творчості, і тому вони також можуть бути об'єктами будь-якого використання.

Таким чином, об'єктами суміжних прав є виконання творів, фонограми та програми мовлення. Виконавці, вироб­ники фонограм та організації мовлення мають виключні права на зазначені об'єкти. Їх використання іншими особами може мати місце лише на підставі відповідного договору

Авторські договори 553

користувачів з володільцями суміжних прав. Отже, виникла нова група авторських договорів.

Об'єктами зазначених договорів є виконання твору, фонограма чи програма мовлення.

Суб'єктами договорів є виконавці, виробники фонограм та організації мовлення — володільці виключних суміжних прав.. Їх контрагентами у договорі можуть бути будь-які інші фізичні чи юридичні особи — користувачі зазначених об'єктів суміжних прав.

Виконавцями визнаються актори (театру, кіно тощо), співаки, музиканти, диригенти, танцюристи або інші особи, які виконують роль, співають, читають, декламують, грають на музичних інструментах чи будь-яким іншим способом вико­нують твори літератури або мистецтва, включаючи твори фольклору, а також інші особи, які займаються такою ж твор­чою діяльністю, у тому числі виконують циркові, естрадні, лялькові номери. Виробники фонограм—фізичні чи юридичні особи, які вперше здійснили запис будь-якого виконання або інших звуків на фонограмі.

Організації мовлення — юридичні особи, постійне місце­знаходження яких у межах України.

Зміст договорів про використання об'єктів суміжних прав визначається умовами договорів. Так, виконавцям належить виключне право дозволяти чи забороняти публічне повідом­лення їх виконання, фіксацію на матеріальному носії раніше незафіксованого виконання та передачу в ефір і по проводах їх виконання. До виключних прав виконавців належать також права відтворювати, розповсюджувати способом першого продажу або іншої передачі у власність чи володіння або спо­собом оренди чи прокату фонограм, на яких зафіксовано їх виконання, незалежно від першого продажу та іншої передачі у власність чи володіння.

Виробники фонограм мають виключне право дозволяти чи забороняти їх відтворення, розповсюдження примірників способом першого продажу, іншого відчуження, а також шля­хом здачі внайми, в оренду, прокат незалежно від першого продажу, а також на переробку, імпорт фонограм.

Організації мовлення мають виключне право дозволяти чи забороняти публічне сповіщення своїх програм шляхом їх ретрансляції, фіксації на матеріальному носії, відтворення своїх передач, сповіщення в ефір і по проводах, публічного

**554 *Глава 21***

сповіщення передач у місцях з платним входом, а також за­бороняти поширення на території України чи з території України сигналу, що несе програми.

Будь-яке використання об'єктів суміжних прав у будь-який вищенаведений спосіб має бути оформлене відповідним авторським договором володільця виключного права з користувачем.

Виключні права виконавців та виробників фонограм мо­жуть передаватися іншим особам на підставі договору, в якому визначаються спосіб використання виконання чи фонограми, розмір 1 порядок виплати винагороди, строк дії договору, строк використання виконання чи фонограми та інші умови.

Організаціям мовлення належить право на одержання винагороди за будь-яке використання їх передач.

Розмір винагороди визначається угодою сторін.

Ліцензійні договори про використання творів. Як уже зазначалося, Закон України "Про авторське право і суміжні права" виділяє ліцензійні договори в окрему групу авторських договорів. Так, відповідно до цього закону авторові належить виключне право надавати іншій особі дозвіл на використання твору одним або всіма відомими способами на підставі невикпючної чи виключної ліцензії.

За ліцензійним договором, автор чи його правонаступник, цю має виключне право на твір (ліцензіар), надає іншій сто­роні (ліцензіатові) дозвіл на право використання твору спосо­бом, обумовленим у договорі. Власне кажучи, всі авторські договори на право використання твору, крім договорів на за­мовлення, є ліцензійними.

У ліцензійному договорі мають бути визначені права, що надаються за ліцензійним договором, межі та строки вико­ристання їх.

Ліцензійний договір, як правило, є сплатним.

За простою невиключною ліцензією ліцензіар передає ліцензіатові право на використання твору і при цьому збе­рігає за собою право на використання цього самого твору і видачі ліцензії на право використання його іншим особам.

Виключна ліцензія передбачає видачу дозволу на право використання твору автором чи його правонаступниками (ліцензіарами) іншій особі (ліцензіатові). При цьому ліцензіар зберігає за собою право на використання цього самого твору,

***Авторські договори 355***

але не має права видавати ліцензію на право використання його іншим особам.

Виключна ліцензія може бути обмежена територією, стро­ком або кількістю примірників твору. В такому разі ліцензіар має право видати ліцензію на використання твору іншим осо­бам за межами дії ліцензій.

Ліцензійний договір передбачає способи використання твору, тобто конкретні права, що передаються за таким дого­вором, строк дії договору та визначає територію його чин­ності; розмір винагороди і порядок її визначення за кожний спосіб використання твору, порядок і строки її виплати. У ліцензійний договір за бажанням сторін можуть бути включені й інші умови, що конкретизують ліцензійний договір.

Якщо в ліцензійному договорі не визначено спосіб вико­ристання твору (конкретні права, що передаються за догово­ром), договір вважається укладеним на такі способи використання твору, які можуть вважатися необхідними для досягнення наміру сторін, що були викладені при укладенні договору.

Може бути укладено ліцензійний договір, у якому не визна­чено строк його чинності. У такому разі договір може бути розірвано в односторонньому порядку після закінчення п'яти років від дати його укладення, але за умови, що користувач буде попереджений про це за шість місяців до розірвання до­говору.

Ліцензійний договір, який не містить умови про територію його чинності, діє на всій території України. Предметом ліцензійного договору можуть бути права на використання твору, якого на момент укладення договору ще немає.

Права, передані ліцензіаром ліцензіатові, можуть бути предметом субліцензії лише за згодою ліцензіара.

Умови ліцензійного договору не можуть обмежувати авто­ра у праві створювати в майбутньому твори на певну тему або в певному жанрі.

Ті умови цього договору, що суперечать чинному законо­давству про авторське право, є недійсними.

У договорі має бути визначено розмір винагороди за уго­дою сторін. Відмова автора чи його правонаступників від винагороди є недійсною.

Ліцензійний договір може укладатися на будь-який строк, але в межах чинності авторського права. Проте, за загально

556 Глава 2 І

визнаним правилом, автор чи його спадкоємці незалежно від наявності чи відсутності у ліцензійному договорі умови про строк його чинності мають право розірвати в односторон­ньому порядку ліцензійний договір після закінчення десяти років від дати укладення договору, але за умови, що ліцензіата буде повідомлено про це за шість місяців до розірвання договору. Таке право виникає у автора чи його спадкоємців кожні десять років. Ліцензійні договори можуть передбачати строки використання твору, порушення яких тягне за собою розірвання договору.

**Договори про управління майновими правами авторів.** Закон України "Про авторське право і суміжні права" перед­бачає можливість утворення спеціальних організацій для управління майновими правами авторів на колективній основі. Доцільність такої форми управління майновими пра­вами авторів не викликає найменшого сумніву. Такі органі­зації діють на основі і в межах повноважень, добровільно переданих їм авторами та іншими особами, які мають ав­торське право або суміжні права.

Повноваження на колективне управління майновими пра­вами передаються авторами та іншими особами, які мають авторське право і суміжні права, безпосередньо на основі письмових договорів.

Отже, об'єктом зазначених договорів є майнові права авторів та їх правонаступників. Це можуть бути майнові права у своїй повній сукупності або окремі майнові права.

Сторонами у цих договорах є, з одного боку, автори та їх правонаступники, з другого — організації', що їх створюють для управління майновими правами авторів та їх правона­ступників на колективній основі. Зазначені організації не мають права займатися комерційною діяльністю. На них не поширюються обмеження, передбачені антимонопольним за­конодавством.

**Зміст договорів про управління майновими правами авторів та їх правонаступників.** На основі одержаних пов­новажень організації, що управляють майновими правами на колективній основі, мають певні права та обов'язки. Перед­усім вони надають ліцензії користувачам творів та об'єктів суміжних прав. Усі спірні питання, що виникають між авто­рами, їх правонаступниками та користувачами розглядають зазначені організації, що видали такі ліцензії.

Авторські договори 557

Зміст повноважень, які передаються авторами та їх пра­вонаступниками організаціям, що управляють їх майновими правами, визначаються договорами.

Особи, які здійснюють використання творів, зобов'язані надавати точну інформацію:

про перелік і програми публічного використання творів, виконання, фонограм, програм мовлення;

звіти про одержані прибутки, належним чином завірені.

Таку інформацію користувачі творів зобов'язані надавати авторам та іншим особам, що мають авторське право і суміж­ні права, їх представникам, а також організаціям, які управ­ляють майновими правами на колективній основі.

Користувачі зобов'язані виплачувати авторові або його представникам винагороду в обумовлений договором строк і у визначеному розмірі.

Організації, що управляють майновими правами на колек­тивній основі, мають право резервувати на своєму рахунку суми незапитаної винагороди, що надійшла їм від користу­вачів. Після трьох років з моменту надходження на рахунок організації сум незапитаної винагороди ці суми можуть бути використані для чергових виплат або спрямовані на інші цілі, передбачені їх статутами, в інтересах осіб, які мають автор­ське право і суміжні права.

Глава 22. Договори про використання промислової власності

§ 1. Загальна характеристика ліцензійного договору

У світовій практиці обміну науково-техніч­ними досягненнями застосовується така форма правовід­носин, як ліцензійний договір. Україна **має** значні досягнення в галузі науки і техніки, які можуть бути об'єктом ліцен­зування.

**Предмет ліцензійного договору.** В юридичній літературі як предмет ліцензійного договору, як правило, розглядалося лише охоронюване законом право на винахід або окремі пов­новаження, що випливають з цього права. Такої думки дотримувалися І.Я. Хейфец, Б.С. Антимонов, Е.О. Флейшиц та інші автори1

Нині переважає інша точка зору, відповідно до якої пред­метом ліцензійного договору є сам винахід.

На нашу думку, найпоширенішою точкою зору є та, згідно з якою предметом ліцензійного договору є винахід або інше технічне досягнення в обсязі, встановленому договором. Виходячи з цієї позиції, у ліцензійному договорі необхідно якомога точніше визначити предмет ліцензії, тобто яке саме технічне досягнення передається для використання.

' Див.:Хейфец И.Я. Основи патентного права. — П„ 1925. — С. 280;

Антимонов Б.С., Флейшиц Е.А. Изобретательское право. — М., 1960. — С. 181.

Договори про використання промислової власності 589

Юридична природа ліцензійного договору. Визначаль­ною концепцією юридичної природи ліцензійних договорів е цивільно-правовий характер даних відносин.

Основна мета ліцензійного договору — забезпечити можливість практичного використання конкретного технічно­го рішення. Але, деталізуючи мету ліцензійних відносин, можна відмітити, що вона складається, з одного боку, з можливості використання винаходу (запатентованого або незапатентованого) у виробництві і як результат— отримання прибутку, з іншого — з отримання винагороди за надане право користуватися винаходом.

Деякі ознаки та умови ліцензійного договору схожі з озна­ками та умовами інших цивільно-правових договорів. Ліцензійний договір — це окремий вид договору і ототожню­вати його, зокрема з договорами купівлі-продажу, найму або товариства, не можна.

У ст. 244 ЦК України зазначається, що предметом догово­ру купівлі-продажу може бути майно, тобто окремі мате­ріальні предмети. Законом України "Про власність" (ст. 41) до об'єктів інтелектуальної власності віднесено винахід та інші результати інтелектуальної праці. Відповідно до п. 4 ст. 6 За­кону України Про охорону прав на винаходи і корисні моделі власникові патента надається можливість передавати на підставі договору право власності на винахід будь-якій особі. Отже визнається, що винахід є товаром, який має самостій­ний вираз і відповідно може бути предметом договору купівлі-продажу.

Ліцензійний договір передбачає передачу права користу­вання винаходу, тобто лише одного елемента права влас­ності.

Відмінність зазначених договорів полягає також у тому, що ліцензійний договір — це правовідносини, які мають стро­ковий характер. Договір купівлі-продажу, як правило, обме­жений терміном обміну.

Звертаючись до порівняльного аналізу договору майново­го найму (оренди, лізингу) та ліцензійного договору, треба відзначити, що характерним для цих договорів є елемент користування. Але умовами договору оренди або лізингу може бути передбачено право викупу орендованого майна, тобто передачу орендованого майна у власність, що немож­ливо у ліцензійному договорі. Відмінність існує і щодо об'єкта.

560 Глава 22

*За* договором оренди використовується матеріальний пред­мет— будь-яка річ, за ліцензійним договором — винахід або інше науково-технічне досягнення, що мають інтелектуальний характер і за своєю природою належать до безтілесних речей.

Для досягнення мети учасники договору товариства так само, як і сторони в ліцензійному договорі, йдуть на певний ризик. Проте ці договори відрізняються тим, що сторони у до­говорі товариства спільними зусиллями досягають загальної мети, в ліцензійному договорі сторони, як правило, мають різні інтереси — ліцензіар отримує винагороду, ліцензіат використовує об'єкт ліцензії.

Таким чином, ліцензійний договір не є договором това­риства, але в деяких випадках може становити основу дого­вору товариства, зокрема ліцензійні правовідносини заснов­ників акціонерного товариства, яке у своїй господарській діяльності використовує винахід або інше науково-технічне рішення.

Суттєвою відмінністю ліцензійного договору від інших договорів є те, що він має бути складений у письмовій формі, підписаний сторонами і набуває чинності тільки після його реєстрації у Держпатенті України. Такий порядок укладення ліцензійних договорів обов'язковий для власників патентів України.

**Суб'єкти ліцензійних відносин.** Сторонами у договорі — ліцензіаром і ліцензіатом — можуть виступати всі учасники цивільно-правового обігу, тобто фізичні і юридичні особи та держава, інтереси якої представляє Держпатент України. Ліцензіар— це власник запатентованого або незапатентова-ного винаходу. Ліцензіат— фізична або юридична особа, яка відповідно до ліцензійного договору отримала дозвіл (ліцензію) на використання винаходу.

Особливістю участі в ліцензійному договорі є те, що і з боку ліцензіара, і з бокуліцензіата можуть брати участь кілька осіб. Так, ліцензіарами виступають співавтори винаходу, а ліцензіатами — кооперативні юридичні особи. Володільцем патенту може бути особа, яка не досягла 18 років, у ліцен­зійних відносинах інтереси цієї особи захищатиме Ті законний представник.

Іноземні громадяни та особи без громадянства мають рівні з громадянами України права, передбачені Законом України

Договори про використання промислової власності 561

"Про охорону прав на винаходи і корисні моделі". Отже, вони також можуть бути учасниками ліцензійних правовідносин.

**Визначення ліцензійного договору.** Ліцензійний дого­вір — це правочин, на підставі якого власник (володілець) за­патентованого або незапатентованого винаходу (ліцензіар) надає фізичній або юридичній особі (ліцензіатові) дозвіл на здійснення у певному місці і протягом певного терміну однієї або кількох дій, на які має виключні права ліцензіар, а ліцензіат зобов'язується сплатити винагороду за надання права на використання винаходу.

**Види (типи) ліцензій.** Обсяг прав, що передаються за ліцензійним договором, зумовлюється вибором сторонами виду ліцензії. Розрізняють патентні та безпатентні ліцензії. Патентними визнаються ліцензії, об'єкти яких захищені охо­ронними документами. Безпатентними є ті ліцензії, об'єкти яких не мають патентної охорони, зокрема ноу-хау.

Крім того, в галузі промислової власності існують два основні види ліцензій — проста (невикпючна) і виключна. За­конодавство багатьох країн передбачає ще й інші ліцензії — примусову, дозвільну та деякі інші.

Виключна ліцензія дає ліцензіатові гарантії в тому, що він не матиме конкурентів у виробництві ліцензованої продукції. Така ліцензія залишає ліцензіарові лише формальне право. Характерною особливістю виключної ліцензії, що відрізняє Ті від договору купівлі-продажу, є те, що при продажу покупцеві передається все, ліцензіарові залишається лише формальне право.

Проте не варто тлумачити виключну ліцензію так одно­значно. Виключна ліцензія може бути також обмежена або певною територією, або часом, або кількістю виробленої про­дукції. Але ці обмеження мають бути зафіксовані у ліцензій­ному договорі.

Проблема виключної ліцензії полягає в тому, чи поши­рюється її чинність тільки на сторони в договорі (зобов'язаль­не право), чи її дія поширюється також і на третіх осіб (речове право). З одного боку —зобов'язальний договір, з другого — виключне право ліцензіара.

Особливістю невиключної (простої") ліцензії є її зобо­в'язальний характер. За цією ліцензією ліцензіар залишає за собою право виробляти і реалізовувати продукцію, а також надавати невиключні ліцензії третім особам.

***562***

Структура ліцензійного договору. Законодавство біль­шості країн не регламентує структуру і зміст ліцензійного до­говору. Відповідне законодавство України не є винятком. Саме цим фактором зумовлена потреба проаналізувати структуру моделі ліцензійного договору.

Структуру ліцензійного договору визначає також його зміст, який у свою чергу грунтується на умовах, погоджених сторонами з метою встановити їх взаємні права та обов'язки. Зазначені умови мають неоднакове правове значення.

Істотні умови ліцензійного договору поділяються **на** дві групи — об'єктивні та суб'єктивні.

Об'єктивними істотними умовами визнаються ті, які є такими за законом або необхідні для договорів даного виду.

Суб'єктивні істотні умови — це ті, які на вимогу будь-якої сторони мають бути узгоджені між сторонами. Якщо з будь-якої такої умови не досягнуто згоди, договір чинності не набирає.

До об'єктивних істотних умов належать сторони у договорі;

предмет договору; вид ліцензії; вартість ліцензії, винагорода;

строк чинності договору; *реєстрація ліцензійного договору* в патентному відомстві.

Суб'єктивними істотними умовами є: вступна частина до­говору (преамбула); територія чинності договору; технічна сфера застосування; субліцензії; креслення та інша технічна документація; якість продукції, виробленої за ліцензією;

технічна допомога у навчанні спеціалістів; удосконалення;

платежі за технічну документацію; момент виникнення права на ліцензію; платежі і розрахунки; податки і збори; облік і звіт­ність; охорона патентних прав; таємність; гаранти виконання;

правовий захист, розгляд спорів; розірвання договору у зв'яз­ку з неможливістю виконання; завершення зобов'язальних відносин.

**Обов'язки та права ліцензіара.** Ліцензіар — це будь-яка юридична чи фізична особа, що має право власності і передає будь-якій іншій фізичній чи юридичній особі право на використання одного чи кількох зазначених об'єктів у певних межах. Мета ліцензіара — видати ліцензію на найвигідніших для себе умовах і отже знайти такого вигідного покупця. Це досить складний процес. Щоб знайти такого покупця, ліцензіар заздалегідь має підготувати ті пропозиції, які він може запропонувати покупцеві ліцензії. Вони й становлять

Договори про використання промислової власності 563

обов'язки ліцензіара. Стороною у ліцензійному договорі може бути будь-яка особа незалежно від громадянства та інших обставин.

Основний обов'язок ліцензіара поляпає в передачі ліцен-зіатові реально існуючого об'єкта промислової власності і по можливості гарантуванні його безперешкодного використан­ня в обумовлених межах. Тому в договорі має бути також визначений предмет — що передається і на яких умовах;

може бути передбачений обов'язок ліцензіара разом з пред­метом договору передати також і всю необхідну технічну документацію і можливо право на її розмноження ліцензіа-том. Ліцензіар має визначити територію, у межах якої діятиме ліцензія. Важливою умовою договору є строк його чинності та інші строки, що визначають сторони. Це можуть бути строки морального старіння предмета ліцензії, строк повного освоєння ліцензії та інші. Важливо також передбачи­ти правові наслідки впливу визначених строків.

Ліцензіар зобов'язаний не просто передати ліцензіатові предмет ліцензії, а й забезпечити необхідні умови для най­ефективнішого використання ліцензії. У цей обов'язок ліцен­зіара входить передача всіє? інформації необхідної для вироб­ництва продукції за ліцензією, а також надання потрібної технічної допомоги.

Для правової оцінки таких побічних зобов'язань слід у кож­ному конкретному випадку визначити, чи є ці об'єкти і пос­луги невід'ємними від предмета ліцензії, чи вони є об'єктом окремого самостійного зобов'язання, на який правовий режим ліцензійного договору не поширюється. У такому разі має бути укладений окремий договір.

У будь-якому ліцензійному договорі визначається коло прав ліцензіара, які кореспондують відповідним обов'язкам ліцензіата. Передусім ліцензіар має право вимагати від ліцензіата використання предмета ліцензії в обумовлених межах;

не розголошувати змісту предмета ліцензії; не передавати предмет третім особам, якщо це не передбачено договором. Ліцензіар має право на інформацію про межі і обсяг вико­ристання предмета ліцензії та одержані ліцензіатом прибутки, а також право контролю облікової і звітної документації.

Ліцензіар має також право на інформацію про наступні Вдосконалення ліцензіатом предмета ліцензії та їх безоплат­не використання.

**564 Глава *22***

Основним правом, заради якого, власне, і укладається ліцензійний договір, є право на винагороду та інші виплати за використання предмета ліцензії'. Порядок обчислення, розмір і строки виплат встановлюються умовами ліцензійного до­говору.

**Права та обов'язки ліцензіата.** Права та обов'язки ліцен-зіата, їх обсяг і зміст визначаються принаймні двома основ­ними факторами — обсягом і змістом прав та обов'язків ліцензіара, передбачених договором і видом ліцензії.

Права та обов'язки ліцензіата, їх обсяг та зміст зумовлю­ють обсяг і зміст прав та обов'язків ліцензіара, адже не може ліцензіар передати більше прав, ніж має сам. Варто підкрес­лити, що права та обов'язки розподіляються між сторонами нерівномірно.

До основних прав ліцензіата слід віднести його право на використання об'єкта промислової власності у своїх інтере­сах і в межах, обумовлених ліцензійним договором. Ліцензіат має право вимагати від ліцензіара забезпечити використання цього права як з технічного, так і практичного боку. Якщо ліцензійним договором буде передбачено, то ліцензіат може мати право на негайну і безоплатну передачу йому ліцензіаром усіх наступних удосконалень предмета ліцензії. Може бути обумовлено і право ліцензіата на першочергове одер­жання зазначених удосконалень.

Коло обов'язків ліцензіата досить широке. Основний обо­в'язок — виплата ліцензійної винагороди. Складною є проб­лема економічного аспекту визначення розміру винагороди.

Розмір винагороди за використання винаходів, як правило, зумовлюється двома факторами — обсягом виробництва і обороту продажу ліцензованої продукції, а також обсягом прав, переданих за ліцензією .

Однією з умов ліцензійного договору може бути обмежен­ня у використанні патентних прав. До таких обмежень ліцен­зіар вдається з метою уникнути конкуренції ліцензіата. Обме­ження може стосуватися обсягу випуску предмета ліцензії або ліцензія обмежується тільки виробництвом продукції, яка використовуватиметься для певних цілей (наприклад, для виробництва ліків тільки для людини, але не для тварин). Обмеження може стосуватися також використання предмета ліцензії на певному виробництві або продажу продукції на певній території. Територіальні обмеження мають місце тоді,

Договори про використання промислової власності 565

коли ліцензіар за межами території дії договору сам бажає реалізувати предмет ліцензії. Проте, якщо у договорі тери­торію не визначено, то варто виходити з того, що чинність патенту і ліцензії по території збігаються.

**Гарантійні зобов'язання та ліцензійні ризики.** Ліцензійні договори на використання об'єктів промислової власності від­значаються ще й тим, що їх дія, ефективність, взаємови-гідність та інші позитивні якості досить часто зумовлюються не тільки добросовісністю сторін, а й рядом інших, часто не­залежних від їхньої волі факторів.

З огляду на ці обставини у ліцензійних договорах варто передбачити не тільки їх наслідки, а й певним чином забез­печити неможливість їх настання. З цією метою зарубіжна практика виробила ряд правових запобіжних засобів, які мають певною мірою унеможливлювати вплив сторонніх фак­торів на процес виконання ліцензійного договору. Тому нині у ліцензійних договорах прийнято передбачати обов'язок ліцензіара гарантувати можливість виконання їх.

Передусім ліцензіат має домогтися включення у договір умови, за якою ліцензіар зобов'язаний гарантувати реаліза­цію тих чи інших наданих ліцензіатові прав. Зарубіжна прак­тика поділяє всі можливі гарантії на дві групи. Такий поділ зумовлений характером можливих недоліків при викорис­танні предмета ліцензії. В одному випадку використанню предмета ліцензії перешкоджають треті особи, в іншому — предмет ліцензії не має тих якостей, які передбачалися до­говором.

До першої групи входять гарантії існування патентних прав, що передаються. Ліцензіар гарантує наявність у нього прав на патент (чи патенти) на дане науково-технічне досягнення в момент укладання ліцензійного договору, гарантує юридич­ну дійсність патенту, підтримання його чинності протягом дії ліцензійного договору, його технічну здійсненність та інше.

Другу групу становлять гарантії безперешкодного викорис­тання передбачених ліцензійним договором патентних прав. До цієї групи належать гарантії ліцензіара в тому, що він особисто ніякими власними діями і діями третіх осіб не переш­коджатиме нормальному використанню ліцензіатом своїх прав, а також він гарантує не переуступати ці права третім особам. До цієї групи відносяться гарантії патентної чистоти

566 Глава 22

предмета ліцензії, а також захист від посягань третіх осіб на права, що передаються за ліцензією.

Обґрунтовується теза, що вірогідність патентних прав більша у тих патентів, які видають за перевірочною системою. У країнах із заявочною системою видачі патентів ця вірогід­ність менша. У такому разі ліцензіар має взяти на себе відпо­відальність за достовірність патенту.

У правових системах Європи передбачається, що ліцен­зіар гарантує наявність і вірогідність патенту і несе ризик пов­ного чи часткового анулювання. Крім того, ліцензіар має га­рантувати належність патенту саме йому.

В умовах гострої конкурентної боротьби оспорювання патенту стало звичайним способом боротьби з конкурентом. Тому ліцензіари часто намагаються включити до ліцензійного договору умову про ненадання такої гарантії.

Бажано також, аби ліцензіар гарантував, що його патент не зачіпає прав та інтересів третіх осіб.

Нарешті, ліцензіар зобов'язаний гарантувати підтримання чинності патенту.

Ліцензіар зобов'язаний гарантувати технічну здійсненність предмета ліцензії.

Друга група гарантій стосується порушень патентних прав як самим ліцензіаром, так і третіми особами. Ліцензіар забо-в'язаний передусім гарантувати не відчужувати патент про­тягом дії ліцензійного договору та інші передбачені договором права.

У сучасних умовах істотно зріс ризик патентних порушень з боку третіх осіб, тому в договорі варто передбачити гарантії непорушності патентних прав.

За таким самим принципом розподіляються між договора­ми патентні ризики. Під цим терміном слід розуміти можли­вість настання негативного фактора, що заподіює одній або обом сторонам у договорі певну майнову шкоду.

**Ліцензійні платежі та право ліцензіара на винагороду.** Виникнення та реалізація права ліцензіара на одержання винагороди залежить від ряду факторів економіко-правового характеру. Найбільш складним аспектом у ліцензійних відно­синах є визначення ціни, або вартості предмета ліцензії, яка також зумовлюється рядом факторів. При цьому варто мати на увазі, що ціна предмета ліцензії і ціна ліцензії не одне й те саме. Ціна предмета ліцензії — це вартісний вираз об'єкта

Договори про використання промислової власності 567

промислової власності. Ціна ліцензії — вартісний вираз, але не об'єкта, а прав на його використання.

Види ліцензійних платежів, які застосовуються в практиці, **можна** поділити на основні групи: 1) періодичні відрахування;

2) одноразові платежі; 3) комбіновані платежі; 4) побічні платежі.

У спеціальній літературі періодичні платежі називають роялті. У законодавстві України цей вид платежів визначаєть­ся як будь-який платіж, отриманий у вигляді винагороди за використання або надання дозволу за використання об'єкта промислової власності.

Позиції, пов'язані з обсягом виробництва і ціною продаж не викликають сумніву сторін. Розмір роялті, розрахований на підставі цих показників, буде точний. Здебільшого сторони ліцензійного договору передбачають виплату певної частки прибутку. У цій главі аналізуються види платежів.

Найбільш прийнятним методом розрахунку роялті є визна­чення розміру винагороди у вигляді частки від обсягу прода жу ліцензійної продукції. Але він також має свої недоліки. Крім зазначених видів платежів сторони у договорі можуть погодитись на твердо фіксований збір.

Паушальний платіж — одноразова винагорода за право користування предметом ліцензійної угоди до одержання економічного ефекту (прибутку) від його використання. Паушальний платіж є по суті фактична ціна ліцензії. Основна його ознака — авансовий характер. Цей вид платежу не завжди одноразовий, його можуть виплачувати частками, часто вже після досягнення економічного ефекту, але розмір прибутку при цьому не впливає на розмір паушального платежу.

Для визначення розміру паушального платежу користу­ються математичними формулами.

У міжнародній практиці Паушальний платіж застосовують при передачі сукупних ліцензій разом з поставками техноло­гічного обладнання, продажу ліцензій маловідомій фірмі, не­бажанні ліцензіата допустити контроль над виробництвом ліцензованої продукції, ускладненнях у процесі переведення прибутку.

Для ліцензіатів цей вид платежів вигідніший порівнянне з роялті. Проте ризик у разі невдалої експлуатації збільшується.

***568 Глава 22***

У той же час цей вид платежу не враховує можливого поліпшення кон'юнктури ринку, збільшення прибутку ліцен-зіата тощо.

Використання паушальних платежів в умовах нестабільно­го ринку та інфляційних процесів має більше переваг порів­няно з роялті.

До побічних платежів належать прибутки, одержані ліцен-зіаром від різних операцій, зокрема надання каналів для продажу ліцензованої продукції, продаж ліцензіатові сирови­ни, матеріалів, устаткування, необхідних для впровадження технології.

При укладенні договору необхідно чітко визначити момет виникнення права на одержання ліцензійної винагороди.

**Захист патентних прав у ліцензійному договорі.** Пося­гання на права власника патенту, в тому числі і на права, пов'язані з передачею дозволу на використання науково-технічного досягнення на підставі ліцензійного договору, вважається порушенням прав власника патенту, що тягне за собою відповідальність згідно з чинним законодавством.

Захист від протиправного використання третіми особами науково-технічного досягнення, що є предметом ліцензії, здійснюється відповідно до умов договору.

Співвідношення в обсязі обов'язків ліцензіара і ліцензіата щодо захисту патентних прав значною мірою залежить від виду ліцензійного договору.

В зарубіжній судовій практиці найчастіше трапляються позови про порушення, що випливають із ліцензійного дого­вору. Ці порушення можуть здійснювати як сторони, так і треті особи. Складним питанням у таких позовах є встановлення розміру шкоди, який визначають відповідно до норм зобов'я­зального права. /

Крім відшкодування збитків, позивач має право вимагати від відповідача припинення порушення. Проте особливістю є те, що при порушенні патентних прав доводити наявність вини в діях порушника не потрібно, досить довести факт порушення саме відповідачем.

Ще одним поширеним позовом, що випливає з ліцензійного договору, є позов про визнання патенту недійсним.

Договори про використання промислової власності 569

**§ 2. Інші види договорів про використання об'єктів промислової власності**

**Класифікація ліцензійних договорів. У**

договірній практиці ліцензійні угоди укладаються як щодо користування винаходом, на який зроблено заявку на отримання патенту або вже отримано патент, так і на непа-тентовані технічні рішення і таємниці виробництва (ноу-хау). Тому ліцензійні договори умовно можна поділити на три групи: а) патентний ліцензійний договір; б) безпатентний ліцензійний договір; в) комплексний ліцензійний договір, який поєднує у собі елементи першої і другої груп договорів.

Предметом договору першої групи є надання комплексу виключних правомочностей: на використання винаходу;

виготовлення на його основі продукту; на виробництво; про­даж виготовленого продукту. Обов'язковою умовою даного виду договору є наявність у ліцензіара охоронного докумен­та— патенту або іншого документа, в тому числі тимчасового охоронного свідоцтва, яке видане Держпатентом України на підставі заявки на отримання патенту.

Різновидом патентного договору на виготовлення є ліцен­зія на розробку. За таким договором ліцензіар надає ліцен­зіатові право розробляти далі самостійно об'єкт винаходу. Це відбувається, як правило, у тих випадках, коли ліцензіар не має змоги довести свою розробку до промислового освоєння.

Другу групу ліцензійних договорів становлять безпатентні ліцензійні угоди, які поділяються на два види: договори на винаходи, на які ще не подано патентні заявки або на які патентні заявки подано, але патент ще не видано, і договори про передачу ноу-хау.

У разі укладення ліцензійних договорів щодо винаходів, на які заявки ще не подано або подано, але патент ще не видано, рекомендується чітко визначити права та обов'язки сторін. При цьому існує три можливості:

1) ліцензія надається незалежно від того, буде наданий винаходу патентний захист чи ні. Це відбувається тоді, коли для сторін, що укладають договір, основна цінність полягає у

**570**

ноу-хау, яке лежить в основі ліцензії. Велике практичне значення такі ліцензії мають у тих випадках, коли предметом ліцензійного договору є майбутні вдосконалення та поліпшення;

2) якщо у договорі немає домовленості про те, що винаходу буде надано патентну охорону, то ліцензіатор не несе відповідальність за видачу патенту за даною заявою. Але на практиці може скластися ситуація, коли патентного захисту немає, а переважне положення ліцензіата щодо його конку­рентів втрачено, і конкуренти починають виробляти продук­цію, оскільки непатентоспроможність або недійсність патенту стала зрозумілою. У даному випадку необхідно виходити з економічної вигоди, яка є основою договору;

3) можливий варіант, коли ліцензіар зобов'язується у разі видачі патенту надати ліцензіатові ліцензію. При укладенні до­говору необхідно обумовити, що ліцензія надається тільки у разі видачі патенту, тобто за певних обставин. У випадку, якщо волю сторін виражено у договорі не досить чітко, то треба вважати, що ліцензія, яка надана у момент укладення договору, і при видачі патенту не потребує будь-яких додат­кових дій. Основою домовленості такого роду є те, що винахід, на який надано ліцензію, має конкретний характер.

Другим видом безпатентних ліцензійних договорів є дого­вори про передачу ноу-хау.

У національних системах права немає офіційного визна­чення поняття "ноу-хау". В юридичній літературі договори на 'їх передачу, як правило, називаються ліцензійними.

В ліцензійній торгівлі підвищується роль непатентних науково-технічних досягнень, знань, виробничого досвіду. Проте немає єдиної думки щодо того, які знання і професій­ний досвід необхідно відносити до ноу-хау, які його характерні риси і який має бути порядок його відбору для включення до ліцензійних угод.

Міжнародна асоціація з охорони промислової власності рекомендує таке визначення: "Ноу-хау — це знання і прак­тичний досвід технічного, комерційного, управлінського, фінансового або іншого характеру, цю їх застосовано у виробництві і професійній практиці".

У практичній діяльності з використання об'єктів промисло­вої власності розрізняють такі види ноу-хау: технічні або

***571***

Договори про використання промислової власності

науково-технічні знання управлінського, комерційного, фінансового та інших напрямів. Отже за допомогою ноу-хау його набувач у повному обсязі може виробити продукт, реалі­зувати його і забезпечити організацію та управління виробництвом.

Договір про передачу ноу-хау укладається у випадках створення нового виробництва, де необхідно якомога ширше застосовувати науково-технічні розробки; в разі потреби за­безпечити гарантії захисту прав володільців інтелектуальної власності; з метою зниження витрат на науково-технічні роз­робки; коли винахідник хоче зберегти у таємниці невідомі елементи свого винаходу, та в інших випадках.

На практиці ми зустрічаємось з досить широким колом ліцензійних договорів. Кількісний склад таких договорів зумовлюється широким спектром об'єктів інтелектуальної власності.

Крім розглянутих договорів, можна назвати ще й такі:

ліцензійний договір про використання промислового зразка;

ліцензійний договір на знак товарів і послуг; ліцензійний договір про використання топологи інтегральної мікросхеми та інші.

Всі ці договори мають свій окремий предмет, але об'єднує 'гх єдиний ліцензійний характер даних правовідносин.

Розділ V. Зобов'язання з надання послуг

Глава 23. Транспортні договори

**§ 1. Види перевезень та їх правове регулювання**

Зміст спеціальної правоздатності деяких підприємств становить виробнича діяльність з надання по­слуг. Одні послуги являють собою результат певних видів діяльності або праці (споживні вартості), втілюються у това­рах, інші, навпаки, не залишають реальних результатів, які б існували окремо від виконавців цих послуг.

Головною особливістю договорів про надання послуг, на відміну від договорів про виконання робіт, є те, що надання послуг невіддільне від діяльності особи, яка надає послуги. Корисний ефект такої діяльності не виступає у вигляді певно­го осяжного матеріалізованого результату, як це має місце у підрядних договорах, а полягає в самому процесі надання послуги. Зобов'язання з надання послуг виникають, зокрема, з транспортних договорів.

У ст. 6 Закону України "Про транспорт" від 10 листопада 1994 р.1 визначено загальні основи господарської діяльності підприємств транспорту. Перевезення пасажирів, вантажів, багажу та пошти, надання інших транспортних послуг, експлуатація та ремонт шляхів здійснюють залізниці, паро­плавства, порти (пристані), автомобільні, авіаційні, дорожні підприємства, якщо це передбачено їх статутами.

Відомості Верховної Ради Укражи. — 1994. — № 12. — Ст. 10.

Транспортні договори 573

Підприємства транспорту здійснюють перевезення та на­дають послуги на основі державних контрактів і договорів про перевезення пасажирів і вантажів з урахуванням еконо­мічної ефективності перевізних та переробних можливостей транспорту. Економічні відносини підприємств транспорту, що виникають у процесі перевезення, грунтуються на прин­ципах взаємної вигоди, рівної та повної відповідальності.

Транспортні договори поділяються на основні та допоміжні. *Основні* транспортні договори опосереднюють головну сферу взаємовідносин транспортних організацій та клієнтури (дого­вори про перевезення пасажирів, вантажів, багажу та пошти, договори буксирування). *Допоміжні* договори сприяють нор­мальній організації перевізного процесу (договори на органі­зацію перевезень, експедиції, на експлуатацію під'їзних копій, подачу і забирання вагонів тощо).

Перевезення пасажирів, вантажів, багажу та пошти залеж­но від видів транспорту, якими вони здійснюються, поді­ляються на: а) залізничні; б) по внутрішніх водних шляхах (річкові); в) морські; г) повітряні; д) автомобільні. Крім того, перевезення у межах територіальної сфери дії однієї транс­портної організації (наприклад, Львівської залізниці) вважа­ються перевезеннями *місцевого* сполучення; перевезення двома чи кількома організаціями одного виду транспорту є перевезеннями у *прямому* сполученні, а перевезення за єдиним транспортним документом організаціями різних видів транспорту — перевезеннями у *прямому змішаному* спо­лученні.

На морському транспорті перевезення та буксирування бувають: а) *каботажні—* між портами України; б) *міжнарод­ні—* між іноземними портами.

Кожен із видів транспорту є окремою господарською системою, що взаємодіє з іншими транспортними системами. Крім перелічених, існує ще один вид транспорту — трубопро­відний, який перекачує нафту, газ, воду тощо. Проте відно­сини, що складаються при транспортуванні цих продуктів по трубопроводах, регулюються або законодавством про пос­тавки або законодавством про постачання енергетичних та інших ресурсів через приєднану мережу. Організація, що експлуатує трубопровід, одночасно є й володільцем продукції, яка перебуває у трубопроводі.

574 Глава 23

У ЦК України (етапі 358—368) визначено загальні норми щодо договорів про перевезення пасажирів і вантажів. Детальніше умови перевезення пасажирів, вантажів і багажу та відповідальність сторін за цими перевезеннями регулюють статути (кодекси) окремих видів транспорту та правила, прий­няті у встановленому порядку. Зокрема, на залізничному транспорті діє Статут залізниць України, затверджений по­становою Кабінету Міністрів України від 6 квітня 1998 р., на річковому — Статут внутрішнього водного транспорту СРСР, затверджений постановою Ради Міністрів СРСР від 15 жовтня 1955 р., на морському — Кодекс торговельного мореплавст­ва України, затверджений Верховною Радою України 9 груд­ня 1994 р., на повітряному—Повітряний кодекс України, за­тверджений Верховною Радою України 4 травня 1993 р. Умови перевезення пасажирів, вантажів та багажу автомо­більним транспортом і відповідальність сторін за ці переве­зення визначаються нормативними актами України, зокрема Статутом автомобільного транспорту України, затвердженим Радою Міністрів УРСР 27 червня 1969 р.

Згідно зі статутами (кодексами) розробляються та затвер­джуються правила перевезення на окремих видах транспор­ту, а також у змішаному сполученні.

**§ 2. Зміст, укладення та оформлення договорів про перевезення вантажів**

У ЦК України (ст. 358) окремо дається ви­значення договору про перевезення вантажу. За договором про перевезення вантажу, транспортна організація (перевіз­ник) зобов'язується доставити ввірений їй відправником ван­таж до пункту призначення і видати його уповноваженій на одержання вантажу особі (одержувачеві), а відправник зобов'я­зується сплатити за перевезення вантажу встановлену плату.

Договір про перевезення конкретного вантажу є реальним, оскільки він вважається укладеним у момент здачі вантажу транспортній організації для перевезення. Послуга за перевезення надається за плату, причому обидві сторони наділяються у договорі правами та обов'язками. Отже, договір про перевезення — *оплатний двосторонній*

***Транспортні договори 575***

Підприємства повітряного, морського, автомобільного та річкового транспорту, враховуючи встановлені обсяги пере­везення для кожного з відправників, укладають з ними особливі організаційні договори (спеціальні, річні, довгостро­кові або навігаційні), спрямовані на організацію майбутніх перевезень вантажів. Так, відповідно до статей 34—36 Ста­туту автомобільного транспорту за річним договором авто­транспортне підприємство зобов'язується у встановлені строки приймати, а вантажовідправник — пред'являти до перевезення вантажі в обумовленому обсязі. В річному до­говорі встановлюються обсяги та умови перевезення, поря­док розрахунків, а також визначаються раціональні маршрути і схеми вантажопотоків.

Договори про організацію перевезень на морському тран­спорті називаються *довгостроковими* (ст. 128 Кодексу торго­вельного мореплавства України), на річковому — *навігацій­ними* (ст. 60 Статуту внутрішнього водного транспорту).

За ст. 971 проекту ЦК України укладення довгострокових договорів можливе на будь-якому виді транспорту: перевіз­ник і власник (володілець) вантажу в разі потреби здійснюва­ти систематичні перевезення можуть укласти довгостроко­вий договір. За цим договором перевізник зобов'язується у встановлені строки приймати, а власник (володілець) ванта­жів — передавати їх до перевезення у встановленому обсязі. У довгостроковому договорі про перевезення вантажів визначаються обсяги, строки та інші умови надання транс­портних засобів І подання вантажів до перевезення, порядок розрахунків та інші умови перевезень.

Договори про організацію перевезень є *консенсуальними,* оскільки вважаються укладеними з моменту надання угоді сто­рін належної (письмової) форми. Вони не передбачають пере­везення конкретного вантажу, тому не є товарними угодами.

Зобов'язання з перевезення конкретного вантажу вини­кає з договору перевезення, що укладається у момент прийняття перевізником від відправника вантажу разом з відповідним транспортним документом. Якщо укладенню до­говору передує планове завдання, то сторони конкретизують його на основі оперативних документів, зокрема декадних заявок — на залізничному, річковому та повітряному транс­порті.

***576 Глава 23***

Так, для забезпечення виконання договірних зобов'язань здійснюється місячне планування перевезень, основою якого є поточні або довгострокові договори про організацію перевезення на замовлення відправників.

Начальник залізниці та уповноважені ним посадові особи за заявою відправника без додаткової плати дозволяють за­вантаження понад план та поза планом, змінюють передба­чені планом залізниці та станції призначення в порядку та розмірах, установлених Правилами, дозволяють внутрістан-ційні перевезення вантажів. Начальник станції за заявою вантажовідправника дозволяє без додаткової плати зміню­вати передбачений планом тип рухомого складу, змінювати вид вантажу у межах однієї номенклатурної групи, передба­ченої планом, змінювати в місячних планах перевезень заліз­ниці та станції призначення в обсягах до 50 відсотків планової (договірної) норми.

З плану перевезень або прийнятого до виконання замов­лення на перевезення вантажу виникає зобов'язання, за яким перевізник повинен подати перевізні засоби відправни­кові та прийняти від нього вантаж, а відправник— пред'явити вантаж до перевезення. Перевізник і відправник несуть май­нову відповідальність за неподання перевізних засобів, непред'явлення до перевезення вантажу та за інші порушен­ня обов'язків, що випливають з плану перевезення або прийнятої заявки на позапланове перевезення.

Оскільки нині до автотранспортних підприємств плани перевезень вантажів не доводяться, сторони несуть зазначе­ну відповідальність за невиконання зобов'язань щодо обсягів вантажу, який підлягає перевезенню за договором (разовим замовленням). Зокрема, відправник, який не пред'явив ван­таж до перевезення автомобільним транспортом, сплачує автотранспортній організації штраф у розмірі 20 відсотків від вартості перевезення всієї непред'явленої кількості вантажу порівняно з кількістю, передбаченою договором на певний місяць1. Вантаж, пред'явлений відправником у стані, що не відповідає правилам перевезення, і не приведений ним у на-

1 Див.: Роз'яснення Президії Вищого арбітражного суду України від 21 липня 1992 р. № 01-6/856. — Разрешение хозяйственных споров. Практика арбитражных судов Украины: Сб. документов. — К., 1996. — С. 20.

Транспортні договори 577

лежний стан у строк, що забезпечує своєчасну відправку, вважається непред'явленим.

Так само автотранспортна організація, що не подала відправникові транспортні засоби, достатні для перевезення вантажу, передбаченого договором або прийнятим до вико­нання разовим замовленням, повинна сплатити йому штраф у розмірі 20 відсотків від вартості перевезення всієї невиве-зеної кількості підготовленого до відправлення багажу порів­няно з договірною кількістю. Надання перевізних засобів, не придатних до перевезення вантажу, передбаченого замов­ленням, прирівнюється до ненадання транспортних засобів (частини 2—4 ст. 359 ЦК; ст. 128 Статуту автомобільного транспорту).

За незабезпечення залізницею подачі вагонів і контейне­рів для виконання плану перевезень та за невиконання вантажовідправником поданих вагонів і контейнерів чи відмову від вагонів і контейнерів для виконання плану пере­везень сплачується штраф у таких розмірах:

за вантажі, перевезення яких планується у тоннах і ваго­нах, — з тонни по 5 відсотків ставки добової плати за користу­вання вагонами;

за вантажі, перевезення яких планується тільки у вагонах (контейнерах), — за вагон (контейнер) по дві добові ставки плати за користування вагонами (контейнерами).

За незабезпечення завантаження маршруту з винної сто­рони стягується на користь іншої сторони, крім штрафу за невиконання плану перевезень, штраф за маршрут у розмірі трьох добових ставок плати за користування вагонами.

Залізниця і відправник несуть також відповідальність за не­додержання зобов'язань з надпланових перевезень вантажів за заявками відправника, прийнятими залізницею, а також за надолуження невиконання плану попереднього місяця.

За невиконання плану перевезень залізницями призна­чення вантажовідправник сплачує штраф за вагон (контей­нер) у розмірі однієї добової ставки за користування вагоном (контейнером).

У разі невиконання планів перевезення вантажів на річковому транспорті перевізник та відправник відповідають У розмірі 25 відсотків перевізної плати за всю непред'явлену або невивезену кількість вантажу. Таку саму відповідальність несе відправник за непред'явлення вантажу до перевезення.

19 О. Дзера

**578 *Глава 23***

Штрафи за невиконання зобов'язань, що випливають з плану перевезення чи прийнятого до виконання замовлення на позапланове перевезення, є виключною неустойкою, адже збитки від неподання перевізних засобів та непред'явлення вантажу сторони одна одній не відшкодовують.

У транспортних статутах і кодексах наведено вичерпний перелік обставин, за наявності яких відправник 1 перевізник звільняються від сплати штрафу за невиконання плану пере­везення вантажів. Так, автотранспортна організація і від­правник звільняються від відповідальності за порушення обов'язків щодо обсягу належного до перевезення вантажу, якщо це сталось внаслідок: 1) явищ стихійного характеру (заметів, повені, пожежі тощо); 2) аварії на підприємстві, внаслідок якої робота підприємства була припинена на строк не менше трьох діб; 3) тимчасового припинення або обме­ження перевезень вантажів визначеними шляхами, встанов­леними у порядку, передбаченому Статутом автомобільного транспорту (ч. 6 ст. 359 ЦК; ст. 132 Статуту автомобільного транспорту).

Підстави для звільнення сторін від відповідальності за невиконання плану перевезення передбачені також на інших видах транспорту. Проте, коли невиконання плану переве­зення сталося з причин, не зазначених у цих переліках, але які не можуть бути визнані і як провина сторони у зобов'я­занні, відповідальність з перевізника чи відправника не зні­мається. Це є передбачений ст. 209 ЦК України відступ від принципу винної відповідальності, тобто випадок відповідаль­ності незалежно від вини.

Принцип реального виконання зобов'язань, які випли­вають з плану перевезення, полягає в тому, що на вимогу вантажовідправника неподані перевізні засоби в одному пе­ріоді перевізник повинен надолужувати у наступних періодах. Цей обов'язок перевізника кореспондує обов'язку відправ­ника як постачальника за договором поставки поповнювати недопоставлену кількість продукції у наступних здавальних періодах. У даному випадку норми, що регулюють договірні відносини з поставок, взаємодіють з нормами транспортного законодавства. Зокрема, залізниця у разі неподачі з Ті вини перевізних засобів для виконання місячного плану переве­зення вантажів зобов'язана на вимогу вантажовідправника виділити перевізні засоби для поповнення недовантаження

Транспортні договори 579

протягом наступного місяця цього самого кварталу. Пере­візні засоби, не подані в останньому місяці кварталу, мають бути виділені у першому місяці наступного кварталу.

На морському та річковому транспорті поповнення недо­вантажень здійснюється у межах навігаційного періоду.

Сторонами у договорі перевезення вантажу є перевізник і відправник. *Перевізниками* вважаються ті транспортні орга­нізації, які мають права юридичної особи та яким надано право укладати договори перевезення безпосередньо або через свої підрозділи транспортними статутами (кодексами). Це, зокрема, залізниці, річкові та морські пароплавства, авіа­ційні підприємства та автогосподарства. Якщо перевезення вантажу здійснюється у прямому, прямому змішаному сполу­ченні, то учасниками перевізного процесу на стороні пере­візника виступають кілька транспортних організацій одного чи кількох видів транспорту. Договір з відправником вантажу укладає транспортна організація, яка сама або через свої підрозділи приймає вантаж для перевезення у пункті відправ­лення. Всі наступні транспортні організації, які беруть участь у перевезенні, щодо початкового перевізника є третіми, осо­бами, на які за діючими на транспорті правилами покла­дається виконання зобов'язання з перевезення (ст. 164 ЦК).

*Відправниками* вантажів можуть бути як організації (юри­дичні особи), так і громадяни, яким вантаж належить або на праві власності, або на праві повного господарського відання, або на праві оперативного управління, або на іншій підставі, передбаченій законом чи договором.

Крім перевізника та відправника, учасником перевезення е також *одержувач* вантажу. Вантажоодержувач, як правило, перебуває у договірних відносинах з вантажовідправником (з поставки, контрактації, купівлі-продажу тощо) і вже на основі цих договорів повинен прийняти доставлений йому перевіз­ником вантаж.

Обов'язок одержувача прийняти вантаж у пункті призна­чення випливає також з юридичного факту укладення дого­вору перевезення конкретного вантажу. Цей обов'язок закріплено у транспортних статутах (кодексах). Так, на заліз­ничному транспорті вантажоодержувач повинен прийняти і вивезти зі станції вантаж, який прибув на його адресу. В разі прибуття вантажу, поставка якого не передбачена догово­ром, одержувач повинен прийняти цей вантаж від станції на

19\*

***580 Глава 23***

відповідальне зберігання. Вантажоодержувач може відмови­тися від прийняття вантажу лише в тому разі, коли його якість внаслідок псування чи пошкодження змінилася настільки, що виключається можливість повного або часткового викорис­тання вантажу.

Отже, договір перевезення вантажу можна розглядати як договір на користь третьої особи (одержувача), для якої вини­кають не лише права (наприклад, вимагати від перевізника видачі вантажу), а й передбачені транспортними правилами обов'язки (прийняти вантаж, здійснити доплату за перевезен­ня тощо).

Перевезення вантажу оформляється спеціальним транс­портним документом, який супроводжує вантаж і по суті є письмовою формою договору. Таким документом при пере­везеннях вантажів залізничним і річковим транспортом є *на­кладна* (ст. 67 Статуту внутрішнього водного транспорту), автомобільним — *товарно-транспортна накладна* (ст. 47 Ста­туту автомобільного транспорту), морським — *коносамент* (статті 134 і 135 Кодексу торговельного мореплавства).

Договір морського перевезення вантажу може бути укла­дений за умови надання для перевезення всього судна, його частини або певних суднових приміщень (п. 1 ст. 134 і ст. 136 Кодексу торговельного мореплавства). Такий договір нази­вається *рейсовим чартером,* або *цертепартією,* він є консенсуальним договором. Проте й при укладенні рейсового чар­теру для посвідчення прийняття вантажу до морського пере­везення перевізник видає відправникові коносамент, який, на відміну від основних транспортних документів на інших видах транспорту, є товаророзпорядчим документом (ст. 128 ЦК).

Чартер застосовується і для перевезення пасажирів, "бага­жу, вантажів та пошти повітряним транспортом. Чартерне повітряне перевезення виконується на підставі договору чар­теру (фрахтування повітряного судна), за яким одна сторона (фрахтівник) зобов'язується надати іншій стороні (фрахту­вальникові) за плату всю місткість одного чи кількох повітря­них суден на один або кілька рейсів для повітряного переве­зення пасажирів, багажу, вантажу і пошти або для іншої мети, якщо це не суперечить чинному законодавству (ст. 61 Повітряного кодексу України)

Транспортні договори 581

Договір перевезення вантажу укладають шляхом зустріч­них дій обох сторін: передачі перевізником транспортного за­собу і пред'явлення відправником вантажу разом із заповне­ним на кожну відправку транспортним документом (на­приклад, накладною). У ньому зазначаються головні умови договору перевезення: найменування учасників, характерис­тика вантажу, дата прийняття його до перевезення тощо.

Перевізник має право перевірити ці документи щодо їх точ­ності та достовірності. Основний перевізний документ супро­воджує вантаж і в пункті призначення видається одержува­чеві разом з вантажем.

**§ 3. Виконання договорів про перевезення вантажів**

За договором про перевезення вантажу транспортна організація — перевізник повинна доставити ввірений їй відправником вантаж до пункту призначення і видати його уповноваженій на одержання вантажу особі (одержувачеві). Проте належне виконання договору перевіз­ником обумовлене додержанням ним ряду умов, що випли­вають безпосередньо зі статуту (кодексу) і необхідні для нор­мального початку та завершення перевізного процесу. Це, зокрема, стосується стану *перевізних засобів.* Перевізник повинен подавати під навантаження справні вагони й контей­нери, придатні для перевезення певного вантажу, очищені від залишків вантажу і сміття, а в разі потреби — промиті та про­дезинфіковані. Придатність вагонів для перевезення вантажу визначає відправник, засобами якого здійснюється заванта­ження, або залізницею, якщо завантаження здійснюється за­собами залізниці, а придатність контейнерів, цистерн та бун­керних напіввагонів — відправник.

Розрізняють справність рухомого складу для перевезення вантажу у технічному й комерційному відношеннях. Вагон чи контейнер може бути технічно справним, однак непридатним для перевезення конкретного вантажу в комерційному відношенні. Наприклад, контейнер має стійкий сторонній запах, а до навантаження призначено продовольчі товари, що сприймають цей запах. Під придатністю рухомого складу

***682 Глава 23***

в комерційному відношенні для перевезення цього вантажу спід розуміти технічний і фізичний стани рухомого складу, від яких залежить забезпечення збереженості вантажу при перевезенні. Тому, якщо поданий під навантаження вагон або контейнер за своїм технічним станом або у комерційному відношенні не забезпечить збереженість вантажу при пере­везенні, вантажовідправник повинен відмовитися від наван­таження його у цей рухомий склад.

При морських перевезеннях вантажів перевізник повинен заздалегідь, до початку рейсу, привести судно в мореплавний стан: забезпечити технічну придатність судна до плавання, належним чином спорядити його, укомплектувати екіпажем і забезпечити всім необхідним, а також привести трюми та всі інші приміщення судна, де перевозиться вантаж, у такий стан, який забезпечував би приймання, перевезення та схорон­ність вантажу (ст. 143 Кодексу торговельного мореплавства). Такі самі обов'язки перевізника передбачено правилами, що діють на річковому та автомобільному транспорті.

У поняття придатності рухомого складу включається і вимога щодо належного *опломбування* перевізних засобів. Так, завантажені криті вагони та цистерни пломбуються пломбами залізниці, коли вона їх завантажувала, та пломба­ми відправника, коли транспортні засоби завантажував від­правник. Опломбування перекриває доступ до вантажу під час його перевезення.

Перевізник повинен забезпечити *цілість* і *схоронність* прийнятого до перевезення вантажу. Цей обов'язок виникає з моменту одержання перевізником вантажу до перевезення ідо видачі його одержувачеві у пункті призначення. Порушен­ня перевізником цього обов'язку призводить до відповідаль­ності за втрату, недостачу, псування чи пошкодження ванта­жу. Забезпечення цілості і схоронності вантажу включає також і додержання особливих правил перевезення, що стосуються певних видів вантажів. Так, вантаж, який швидко псується при перевезенні, потребує додержання відповідних температур. На автомобільному транспорті контроль за тем­пературним режимом здійснюють контрольно-пропускні пункти автотранспортних організацій, що відображається у листі контрольних перевірок.

Перевізник повинен своєчасно виконати свій обов'язок по доставці вантажу до пункту призначення та видачі його одер-

***Транспортні договори* 5ві**

І

жувачеві. Строки доставки встановлюють транспортні стату\* ти (кодекси) або правила перевезення. Якщо строк доставки у зазначеному порядку не встановлений, сторони мають право визначити його у договорі (ст. 364 ЦК). При перевезен­нях у прямому змішаному сполученні строки доставки вантажів встановлюють за сукупністю строків доставки їх залізничним та іншими видами транспорту і обчислюють на основі діючих на цих видах транспорту правил обчислення строків доставки (ст. 171 Статуту внутрішнього водного тран­спорту; ст. 118 Статуту автомобільного транспорту).

Існує кілька частин строків доставки вантажу, зокрема на залізничному транспорті вони включають: а) час на виконан­ня необхідних дій по відправленню вантажу; б) час на транс­портування, тобто перебування вантажу в дорозі; в) строк на видачу вантажу одержувачеві. Строк доставки залежить і від швидкості (вантажної чи великої), якою відправлено вантаж. Вантаж вважається доставленим у строк, визначений зако­ном чи договором, якщо на станції призначення його розван­тажено засобами залізниці чи вагон (контейнер) з вантажем подано під розвантаження засобами одержувача до закін­чення встановленого строку доставки. При затримці подачі вагонів (контейнерів) під розвантаження внаслідок зайнятості фронту розвантаження або з інших причин, що залежать від одержувача, вантаж вважається доставленим у строк, якщо він прибув на станцію призначення до закінчення встановле­ного строку доставки. На автомобільному транспорті дуже важливою є фіксація у товарно-транспортних накладних часу прибуття й вибуття автомобілів під навантаження або розван­таження. Відповідно до ст. 53 Статуту автомобільного транс­порту час прибуття автомобіля під навантаження обчис­люється з моменту пред'явлення водієм дорожнього листа в пункті навантаження, а час прибуття автомобіля під розван­таження — з моменту пред'явлення водієм товарно-трано-портної накладної у пункті розвантаження. На морському транспорті строки доставки вантажів можуть бути встанов­лені законом чи договором, а в разі їх відсутності вантаж до­ставляється відповідно до строків, звичайно прийнятих у морській практиці (ст. 160 Кодексу торговельного море­плавства),

**584 *Глава 23***

Нарешті, у пункті призначення перевізник повинен видати вантаж одержувачеві, зазначеному в транспортному доку­менті.

Видача вантажу одержувачеві — завершальний процес перевезення. Перевізник повинен повідомити одержувача про прибуття вантажу на його адресу. Так, залізниця повідом­ляє одержувача в день прибуття вантажу, проте не пізніше 12 годин наступного дня.

Разом з тим одержувач повинен прийняти вантаж від перевізника і вивезти його зі станції (порту) призначення. Одержувач повинен повністю розвантажити вагони, цистер­ни та контейнери. Після розвантаження вагони та контейнери мають бути очищені всередині і ззовні. Очищення і проми­вання, а в разі потреби дезинфекція вагонів після перевезен­ня тварин, птиці, сирих продуктів та вантажів, які швидко псуються, здійснюються засобами залізниці за рахунок одер­жувача.

При видачі вантажу в пункті призначення перевізник та одержувач повинні додержуватися правил, чинних на певно­му виді транспорту. Відповідно до ст. 66 Статуту автомобіль­ного транспорту перевізник при здачі вантажу одержувачеві зобов'язаний перевірити вагу, кількість місць і стан вантажу в разі:

— прибуття вантажу в несправному кузові рухомого скла­ду або у справному кузові, але з пошкодженими пломбами чи з пломбами попутної вантажної автостанції;

— прибуття вантажу, який швидко псується, з порушенням строків доставки або встановленого правилами перевезення температурного режиму;

— прибуття вантажу, навантаженого автотранспортним підприємством, і видачі його зі складу вантажної автостанції тощо.

В усіх інших випадках тарні та штучні вантажі видаються автотранспортним підприємством з перевіркою ваги і стану вантажу тільки у пошкоджених місцях. При їх виявленні, а також за інших обставин, які можуть впливати на стан ванта­жу, перевізник повинен провести перевірку вантажу в по­шкоджених місцях за товарно-транспортною накладною з розкриттям пошкоджених місць.

На станціях призначення залізниця зобов'язана перевіри­ти масу, кількість місць і стан вантажу у разі:

***Транспортні договори 585***

прибуття вантажу у пошкодженому вагоні (контейнері), а також у вагоні (контейнері) з пошкодженими пломбами від­правника або пломбами попутних станцій;

прибуття вантажу з ознаками недостачі, псування або пошкодження під час перевезення на відкритому рухомому складі або у критих вагонах без пломб, якщо таке перевезен­ня передбачене Правилами;

прибуття швидкопсувного вантажу з порушенням гранич­ного терміну або з порушенням температурного режиму в рефрижераторних вагонах;

прибуття вантажу, який був завантажений залізницею;

видачі з місць загального користування вантажів, виванта­жених залізницею;

прибуття вантажів у вагонах навалом і насипом за вимо­гою одержувача у розмірах, передбачених Правилами пере­везення вантажів.

Перелік випадків, коли перевізник зобов'язаний перевіря­ти кількість місць, вагу і стан вантажу в пункті призначення, передбачений також ст. 100 Статуту внутрішнього водного транспорту. Згідно зі ст. 165 Кодексу торговельного море­плавства одержувач і перевізник мають право вимагати до видачі вантажу його огляду та перевірки кількості. Зумовлені цим витрати несе особа, яка зажадала огляду та перевірки вантажу. Вантаж вважається виданим з часу, коли одержу­вач розписався в дорожній відомості про одержання вантажу (ст. 95 Статуту внутрішнього водного транспорту). На автомо­більному транспорті одержання вантажу посвідчують підпи­сом і печаткою одержувача на трьох примірниках товарно-транспортної накладної, два з них залишаються у водія-експедитора (ст. 72 Статуту автомобільного транспорту).

З фактом укладення договору перевезення вантажу певні права та обов'язки виникають також у відправника вантажу. Деякі з них передбачені транспортними статутами (кодек­сами) і правилами перевезення вантажів і передують укла­денню договору, зокрема:

відправник повинен пред'явити вантаж до перевезення у *належному стані, у справній тарі та упаковці,* відповідно до державних стандартів і технічних умов, які забезпечують повну його схоронність. Усі необхідні для перевезення мате­ріали (стойки, прокладки тощо) заготовляє і подає відправник

586

***Глава 23***

(ст. 142 Кодексу торговельного мореплавства; статті 52 і 56 Статуту автомобільного транспорту);

відправник одночасно з пред'явленням вантажу подає перевізникові необхідну кількість примірників *правильно за­повнених транспортних документа,* а також додає до них усі документи, необхідні для додержання санітарних, митних, ка­рантинних та інших правил. На залізничному та внутрішньому водному транспорті на посвідчення прийняття вантажу до перевезення відправникові видається вантажна квитанція чи квитанція. При морських перевезеннях відправник разом з вантажем подає перевізникові завантажувальний документ, на підставі якого перевізник видає відправникові коносамент (ст. 137 Кодексу торговельного мореплавства).

З метою ефективного використання транспортних засобів відправник повинен, за загальним правилом, *повністю* і *раціонально завантажити* їх.

Водночас на морському транспорті на вимогу відправника, якому для перевезення надано все судно (чартер), пере­візник повинен відправити судно в плавання, хоч би не весь вантаж був завантажений. Перевізник у цьому разі зберігає право на повний фрахт, тобто плату за перевезення (ст. 155 Кодексу торговельного мореплавства).

Вантажовідправники повинні *своєчасно завантажувати* подані їм транспортні засоби. На залізничному транспорті строки навантаження та розвантаження вантажів залежать від способу (механізованого чи немеханізованого) проведен­ня цієї операції. При морських перевезеннях строк, протягом якого вантаж має бути завантажений на судно *(стадійний час),* визначається угодою сторін, а за її відсутності — стро­ками, прийнятими в порту завантаження. Угодою сторін може бути встановлений додатковий після закінчення строку завантаження час для очікування *{контрсталійний час).* Перевізник має право після закінчення контрсталійного часу відправити судно в плавання, якою навіть увесь обумовлений вантаж не завантажено на судно з причин, не залежних від перевізника. При цьому він зберігає право на одержання пов­ного фрахту (статті 148—150 Кодексу торговельного море­плавства).

За договором про перевезення відправник зобов'язаний сплатити за перевезення вантажу встановлену плату. Плата

***Транспортні договори***

***587***

*за* перевезення вантажів справляється залежно від відстані, яка визначається згідно з планом формування вантажо­потоків.

Розрахунки за роботи і послуги, пов'язані з перевезенням вантажів, вантажобагажу, пошти, щодо яких не здійснюється державне регулювання тарифів, проводяться за вільними тарифами, які визначаються за домовленістю сторін, у поряд­ку, що не суперечить антимонопольному законодавству.

За користування вагонами і контейнерами залізниці вантажовідправники, вантажоодержувачі, власники під'їзних колій, порти, організації, установи, громадяни — суб'єкти підприємницької діяльності вносять плату. Порядок визначен­ня плати за користування вагонами (контейнерами) **та** звіль­нення вантажовідправника від зазначеної плати у разі затримки забирання вагонів (контейнерів), що виникла з вини залізниці, встановлюється Правилами перевезення вантажів.

За договором морського перевезення всі належні перевізникові платежі сплачує відправник (фрахтувальник). У випадках, передбачених угодою відправника з перевізником, а при перевезеннях у каботажі — чинними на морському транспорті правилами, допускається переведення платежів на одержувача. Фрахт сплачується повністю за вантаж, що загинув або пошкоджений з причин, за які перевізник не несе відповідальності. За вантаж, який загинув внаслідок аварії судна чи іншого нещасного випадку або був насильно захоп­лений, фрахт не береться. Проте повертається у разі його внесення наперед. Якщо після загибелі судна вантаж було врятовано чи після його захоплення було звільнено, то перевізник має право на фрахт пропорційно відстані, яку фактично пройшло судно (статті 1701174 Кодексу торговель­ного мореплавства).

На автомобільному транспорті до внесення перевізної плати автотранспортні підприємства вантажі до перевезення не приймають (ст. 104 Статуту автомобільного транспорту). Крім транспортних послуг при перевезенні вантажів, авто­транспортні підприємства за договорами з відправниками чи одержувачами надають за плату додаткові послуги (експеди­ційні операції, зберігання вантажів тощо). На деяких видах транспорту передбачається винагорода (премія) за достроко­ве навантаження або розвантаження транспортних засобів.

588 Глава 23

Наприклад, за угодою сторін у договорі морського перевезен­ня може бути передбачена винагорода за закінчення ванта­ження судна раніше, ніж це передбачено сталійним часом (ст. 149 Кодексу торговельного мореплавства).

**§ 4. Відповідальність сторін за договором про перевезення вантажу**

Належне виконання сторонами обов'язків, які випливають з договору про перевезення або норм транспортного законодавства, веде до припинення зобо­в'язання з перевезення вантажу та досягнення учасниками цілей договору. На жаль, домогтися цього не завжди вдається. Дестабілізація політичної та економічної обста­новки в ряді регіонів, розпад господарських зв'язків, зни­ження загального рівня виконавчої дисципліни негативно позначаються й на ритмі перевізного процесу, призводять до крадіжок і псування вантажів на транспорті, прострочення до­ставки їх споживачам та інших правопорушень. У зв'язку з цим- важливу роль покликані відіграти заходи майнової відповідальності за порушення договорів перевезення.

Фактичною підставою відповідальності за порушення зобо­в'язань є склад цивільного правопорушення. Він містить такі елементи (умови): а) протиправну поведінку боржника;

б) збитки як результат цієї поведінки; в) причинний зв'язок між протиправною поведінкою та збитками; г) вину боржника. Зазначені умови необхідні, за загальним правилом, і для по­кладення майнової відповідальності за невиконання або не­належне виконання сторонами зобов'язань з перевезення вантажів.

Головні обов'язки перевізника за договором про переве­зення полягають у тому, що він повинен забезпечити цілість і схоронність вантажу та доставити його одержувачеві в обу­мовлений строк. Цей обов'язок виникає з моменту прийняття його до перевезення і до видачі одержувачеві в пункті при­значення. Порушення цього обов'язку призводить до відпо­відальності за втрату, нестачу, псування чи пошкодження вантажу.

Транспортні договори 589

Втрата вантажу — це не лише фізична загибель, крадіжка або знищення вантажу, прийнятого до перевезення. Втра­ченим вважається також вантаж, якщо він не виданий на вимогу одержувача на залізничному та внутрішньому водно­му транспорті протягом ЗО днів, на повітряному — протягом 10 днів після закінчення строку доставки, а при перевезенні вантажу в прямому змішаному сполученні — після закін­чення 4 місяців з дня прийняття його до перевезення почат­ковим транспортним підприємством (ст. 190 Статуту внутріш­нього водного транспорту). На автомобільному транспорті вантаж вважається втраченим, якщо він не був виданий одержувачеві на його вимогу: при міському і приміському перевезенні — протягом 10 днів з дня прийняття вантажу, при міжміському перевезенні — ЗО днів після закінчення строку доставки (ст. 140 Статуту автомобільного транспорту).

*Нестача* має місце тоді, коли перевізник видає одержува­чеві вантаж у меншій кількості, ніж його було прийнято від відправника за одним транспортним документом. Нестача може бути наслідком крадіжок вантажів під час перевезення чи зловживань з боку відправника, який недовантажує пере­візний засіб, тощо.

*Псування —* це хімічні або біологічні зміни вантажу, а *по­шкодження —* механічні зміни (поломка, руйнування), що спричинюють зниження цінності вантажу внаслідок зменшен­ня ефективності використання за призначенням. Причини пошкодження, псування вантажів полягають у порушенні тем­пературного режиму при перевезенні вантажів, які швидко псуються, у неправильному розміщенні їх на транспортних засобах тощо.

Відповідно до ч. 1 ст. 362 ЦК України перевізник відповідає за втрату, нестачу і пошкодження прийнятого до перевезення вантажу і багажу, якщо не доведе, що втрата, нестача або пошкодження сталися не з його вини. Отже, за загальним правилом, умовою відповідальності перевізника за несхоронність вантажу є його вина, яка презюмується (припускає­ться). Перевізникові надається можливість спростувати цю презумпцію, довести свою невинність, зокрема послатися на обставини, які він не міг відвернути чи усунути. У транс­портних статутах і кодексах дається перелік цих обставин, зокрема ними є:

вина відправника або одержувача;

**590**

особливі природні властивості вантажу;

недоліки тари чи упаковки, які не могли бути помічені за зовнішнім виглядом під час приймання вантажу до переве­зення, чи застосування тари, що не відповідає властивостям вантажу, встановленим стандартам, за відсутності слідів по­шкодження тари в дорозі;

здача до перевезення вантажу без зазначення у накладній його особливих властивостей, які потребують особливих умов або запобіжних заходів для збереження вантажу при переве­зенні;

здача до перевезення вантажу, вологість якого перевищує встановлену норму.

Особливості перевезення вантажів морським транспортом пов'язані з мореплавством. Небезпеки і стихійні явища обу­мовили розширення кола таких обставин. Це, зокрема:

непереборна сила;

небезпеки та випадковості на морі;

рятування людей, суден і вантажів;

пожежа, що виникла не з вини перевізника;

дії або розпорядження влади (затримання, арен тин тощо);

військові дії та народні заворушення;

страйки чи інші обставини, які спричинили зупинення або обмеження роботи (ст. 176 Кодексу торговельного мореплав­ства). Отже, Кодекс торговельного мореплавства розрізняє непереборну силу, небезпеки та випадковості на морі. Якщо непереборна сила — це надзвичайна і невідворотна за даних умов подія (ст. 78 ЦК), то небезпеками та випадковостями на морі в практиці прийнято вважати обставини, що мають озна­ку їх непередбаченості. Водночас невідворотність шкідливих наслідків їх впливу визначається з урахуванням конкретних обставин діяльності добросовісного перевізника.

У транспортних статутах (кодексах) можуть бути передба­чені випадки, коли доказування вини перевізника у втраті, не­стачі або пошкодженні вантажу покладається на одержувача чи відправника. Так, залізниця звільняється від відповідаль­ності, якщо:

вантаж прибув у справному вагоні (контейнері) і зі справ­ними пломбами відправника або на справному відкритому рухомому складі без перевантаження в дорозі, зі справною

Транспортні договори

захисною маркіровкою або справною зв'язкою чи за наяв­ності інших ознак, які свідчать про схоронність вантажу;

нестача, псування та пошкодження сталися внаслідок природних причин, пов'язаних з перевезенням вантажу на відкритому рухомому складі;

вантаж перевозився в супроводі провідника, виділеного вантажопровідником або вантажоодержувачем;

нестача не перевищує норм природної втрати.

У зазначених випадках на залізницю можна покласти відповідальність за несхоронність вантажу, якщо пред'явник претензії доведе, що втрата, нестача, псування чи пошко­дження вантажу сталися з вини перевізника. Отже, у цих випадках діє презумпція відсутності вини перевізника, що не позбавляє пред'явника претензії доводити протилежне. Так, при перевезенні вантажу в супроводі провідника всі заходи щодо забезпечення схоронності вантажу, крім перевізника, повинен вживати й провідник, але і в цьому разі пошкодження вантажу може статися внаслідок сильного поштовху вагона локомотивом, тобто з вини перевізника, проте це слід доку­ментально довести.

Випадки, коли вину перевізника в несхоронності вантажу повинен доводити відправник або одержувач, не завжди однотипні, в них виявляється специфіка окремих видів пере­везення (статті 192 і 193 Статуту внутрішнього водного тран­спорту; ст. 178 Кодексу торговельного мореплавства; ст. 134 Статуту автомобільного транспорту). Не виключена можли­вість, що, наприклад, у псуванні вантажу винними є частково і відправник, і перевізник, і одержувач. Тоді збитки від псуван­ня розподіляються між ними пропорційно ступеневі їхньої вини за принципом змішаної відповідальності (ст. 211 ЦК).

При морських перевезеннях вантажу перевізник не відпо­відає за втрату, нестачу чи його пошкодження, якщо доведе, що вони сталися внаслідок дій або недогляду капітана, інших осіб суднового екіпажу і лоцмана у судноводінні або управ­лінні судном *(навігаційні помилки).* Морським правом біль­шості зарубіжних країн також передбачено правило про звіль­нення перевізника від відповідальності за навігаційні помил­ки, тобто винні дії. За втрату, нестачу і пошкодження вантажу, спричинені діями та помилками вже зазначених осіб при прийманні, завантаженні, розміщенні, зберіганні, виванта­женні або здачі вантажу *(комерційні помилки),* перевізник за

592 Глава 23

наявності вини несе відповідальність на загальних засадах (статті 176 і 177 Кодексу торговельного мореплавства).

Розміри відповідальності перевізника за втрату, нестачу, псування чи пошкодження вантажу визначені транспортними статутами (кодексами), а щодо автомобільних перевезень також ст. 363 ЦК України. Зокрема, автотранспортна орга­нізація відповідає: 1) у разі втрати або нестачі вантажу і ба­гажу— в розмірі вартості вантажу і багажу, який втрачено чи якого не вистачає; 2) у разі пошкодження вантажу або бага­жу — в розмірі суми, на яку зменшилася його вартість; 3) у разі втрати вантажу або багажу, зданого до перевезення з оголошенням його цінності, — у розмірі оголошеної цінності вантажу або багажу, якщо не буде доведено, що вона менша від його дійсної вартості.

Якщо внаслідок пошкодження, за яке автотранспортна організація несе відповідальність, якість вантажу або багажу змінилася настільки, що він не може бути використаний за прямим призначенням, одержувач має право відмовитися від вантажу і вимагати відшкодування за його втрату. Коли втрачений вантаж буде згодом знайдено, одержувач має право вимагати видачі йому цього вантажу чи багажу, повер­нувши відшкодування, одержане за його втрату або нестачу.

Майже аналогічно вирішувалося питання про розміри відповідальності перевізника за втрату, нестачу або пошко­дження вантажу й на інших видах транспорту (ст. 179 Кодексу торговельного мореплавства; ст. 93 Повітряного кодексу України; ст. 195 Статуту внутрішнього водного транспорту).

При втраті чи нестачі вантажу перевізник, крім відшкоду­вання дійсної вартості або оголошеної цінності вантажу, повертає плату за перевезення, одержану за втрачений ван­таж, якщо вона не входила у ціну цього вантажу.

Відповідно до ч. З ст. 13 Закону України "Про транспорт" підприємства транспорту відповідають за втрату, нестачу, псування і пошкодження прийнятого для перевезення ванта­жу та багажу у розмірі фактичної шкоди, якщо вони не дове­дуть, що втрата, нестача, псування або пошкодження сталися не з їхньої вини.

Отже, обсяг відповідальності перевізника за втрату, неста­чу, псування або пошкодження вантажу тепер розширено, адже крім вартості втраченого, зіпсованого вантажу та вар­тості нестачі, а також відповідної суми перевізної плати, з

Транспортні договори 593

нього можуть бути стягнуті й інші фактичні збитки, яких за­знав одержувач. Однак ця відповідальність залишається обмеженою, бо неодержанні доходи в цих зобов'язаннях не відшкодовуються.

Раніше зазначалося, що перевезення вантажу морським транспортом пов'язане з різними непередбаченими обстави­нами (небезпеками та випадковостями), які нерідко завдають шкоди судну чи вантажу. Іноді треба навмисно вдаватись до витрат або пожертв, щоб врятувати судно та решту вантажу (наприклад, викинути за борт вантаж, який сам загорівся). Такі збитки можуть бути визнані загальною чи окремою аварією.

Відповідно до ст. 277 Кодексу торговельного мореплавства *загальною аварією* визнаються збитки, яких зазнають внаслі­док надзвичайних витрат і пожертв, здійснених з наміром і розумно для рятування судна, фрахту та вантажу від спільної для них небезпеки. Так, до загальної аварії належать збитки, заподіяні судну або вантажу навмисною посадкою судна на мілину або гасінням пожежі на судні тощо. Перелік обставин, за яких збитки можуть бути визнані загальною аварією, пода­но у статтях 279 і 280 Кодексу торговельного мореплавства. Збитки розподіляються між судном, фрахтом та вантажем відповідно до їхньої вартості. Пропорційний розподіл загаль­ної аварії між учасниками перевезення застосовують і в тому разі, коли небезпека, що спричинила надзвичайні витрати або пожертви, виникла з вини одного з учасників договору морсь­кого перевезення чи третьої особи.

Проте зазначений розподіл не позбавляє учасників за­гальної аварії права на стягнення з відповідальної особи заподіяних збитків (ст. 281 Кодексу торговельного мореплав­ства). Для цього спочатку встановлюють наявність загальної аварії. Розрахунок Ті розподілу *(диспаша)* проводиться за за­явою заінтересованих осіб диспашерами, які володіють знан­нями та досвідом у галузі морського права. За складання диспаші береться збір. Розмір його включається в диспашу і розподіляється між усіма заінтересованими особами пропор­ційно до часток їхньої участі у загальній аварії.

Витрати та пожертви, що не мають ознак загальної аварії, визнаються *окремою аварією.* До неї належать: збитки й втрати, що їх зазнало судно або вантаж внаслідок продовжен­ня тривалості рейсу (від простою, зміни цін тощо); вартість

594 Глава 23

викинутого за борт вантажу, який самозайнявся, чи вантажу, що перевозився на судні всупереч правилам і звичаям тор­говельного мореплавства, та інші (статті 294 і 295 Кодексу торговельного мореплавства). Збитки не підлягають розпо­ділові між судном, фрахтом та вантажем. Їх зазнає або той, хто їх заподіяв, або той, на кого падає відповідальність за заподіяння їх.

Перевізник несе відповідальність за *прострочення* до­ставки вантажу, якщо не доведе, що воно сталося не з його вини (ч. 2 ст. 364 ЦК). Відповідальність за прострочення настає у формі неустойки (штрафу), розмір якої залежить від перевізної плати та тривалості прострочення. Так, на заліз­ничному транспорті цей штраф сплачується у розмірах від 10 до ЗО відсотків, внутрішньоводному — від 10 до 50 відсотків, повітряному — від 5 до 50 відсотків плати за перевезення (ст. 188 Статуту внутрішнього водного транспорту; ст. 94 Повітряного кодексу). За прострочення доставки вантажу при міжміських перевезеннях автотранспортні організації сплачують одержувачам штраф у розмірі 12 відсотків перевізної плати за кожну добу прострочення, але не більше як 60 відсотків цієї плати (ст. 138 Статуту автомобільного транспорту).

За договором перевезення вантажу у прямому змішаному сполученні відповідальність за прострочення несе перевізник того виду транспорту, з вини якого затримано доставку ван­тажу. Проте вимога щодо сплати штрафів за прострочення пред'являється до перевізника, який здає вантаж одержува­чеві у пункті призначення.

Якщо прострочення доставки вантажу призвело до його псування чи загибелі, то перевізник, крім неустойки за про­строчення, повинен відшкодувати заподіяні ним збитки у розмірі фактичної шкоди. Інші збитки, що виникли в одержу­вача внаслідок прострочення доставки вантажу, за чинним законодавством перевізник не відшкодовує. Відповідно до ст. 980 проекту ЦК України у разі прострочення доставки вантажу перевізник зобов'язаний відшкодувати іншій стороні збитки, завдані порушенням строку перевезення, якщо погодженням сторін, транспортними статутами (кодексами) не передбачені інші форми відповідальності.

Транспортними статутами (кодексами) передбачається майнова відповідальність відправників та одержувачів за не-

***595***

***Транспортні договори***

належне виконання обов'язків, які передують чи необхідні для укладення договору перевезення конкретного вантажу або завершують перевізний процес. Наприклад, за неправильне зазначення у накладній найменування вантажу або за пред'явлення вантажу, який заборонено до перевезення чи потребує особливих запобіжних заходів, з відправника стягу­ються штраф та заподіяні перевізникові збитки (ст. 198 Ста­туту внутрішнього водного транспорту).

За пошкодження вагонів (суден) відправник або одержувач сплачують штраф: на залізничному транспорті — у розмірі п'ятикратної, на річковому — трикратної вартості ремонту пошкоджених (втрачених) частин, а також відшкодовують збитки, завдані перевізникові внаслідок пошкодження рухо­мого складу, перевантаження вантажу на Інший засіб (статті 203 і 204 Статуту внутрішнього водного транспорту).

Після прибуття вантажу до пункту призначення відпові­дальність перед перевізником **за** одержання конкретного вантажу несе одержувач. Однак він може перекласти на відправника всі суми штрафів, зборів та збитків, які сплачені перевізникові внаслідок неправильних дій відправника по да­ному перевезенню (ст. 205 Статуту внутрішнього водного транспорту).

**§ 5. Договір про буксирування**

На морському та внутрішньоводному видах транспорту переміщення суден, плотів або інших плавучих об'єктів може здійснюватися шляхом буксирування їх, тобто застосування до них зовнішньої тяги, а також методом штов­хання. Найчастіше об'єктами буксирування є баржі з різними вантажами та плоти з лісопродукцією. Володільці плотів—це організації, що сплавляють ліс, а суден і барж — організації чи громадяни, яким вони належать на праві власності або повного господарського відання. Буксирувальниками висту­пають пароплавства (при здійсненні буксирних операцій у портах) та порти, які мають права юридичної особи.

Буксирування здійснюється в основному на договірних за­садах. Договір не укладається тільки тоді, коли буксир і судно (об'єкт), яке буксирується, мають один порт приписки.

596 Глава 2:1

*За договором буксирування* власник одного судна зобов'я зується за винагороду буксирувати інше судно чи інший пла­вучий об'єкт на певну відстань або протягом відповідного часу, або для виконання якогось маневру (ст. 222 Кодексу торговельного мореплавства; ст. 126 Статуту внутрішнього водного транспорту). Отже, договір буксирування взаємний та сплатний. На морському транспорті договір буксирування може укладатися як в усній, так і в письмовій формах. Так, договір портового буксирування укладається в усній формі (ст. 229 Кодексу торговельного мореплавства). Проте угоди про покладення обов'язків по управлінню буксируванням на капітана судна-буксира можна доводити виключно письмо­вими доказами.

Договори про річкове буксирування завжди укладають у письмовій формі (ст. 128 Статуту внутрішнього водного тран­спорту). При пред'явленні плоту або судна до буксирування його володілець подає накладну, а пароплавство видає йому квитанцію. Буксирування плотів морським шляхом здійснює­ться за коносаментом.

За договором про буксирування кожна сторона повинна завчасно привести своє судно (об'єкт) у такий стан, при якому можливе буксирування. Володілець буксира не відпо­відає за недоліки свого судна, якщо доведе, що вони не могли бути виявлені за умови належної турботливості (приховані недоліки). Пароплавство повинно перевірити придатність судна чи плоту до буксирування. Це має бути підтверджено сторонами в технічному акті (ст. 132 Статуту внутрішнього водного транспорту). Буксирувальник зобов'язаний букси­рувати судно або інший плавучий об'єкт на певну відстань чи протягом відповідного часу для виконання якогось маневру, відповідно друга сторона за це сплачує винагороду.

Питання відповідальності за шкоду, заподіяну суднам і майну, що на них перебуває під час буксирування, вирі­шується залежно від того, капітан якого судна керує буксиру­ванням. Отже, за відсутності іншої угоди сторін відповідає володілець того судна, капітан якого керував буксируванням, якщо він не доведе відсутності своєї вини (статті 225 і 226 Ко­дексу торговельного мореплавства). При буксируваннях у льодових умовах діє презумпція невинності буксирувальника (ст. 224 Кодексу торговельного мореплавства). Можлива й змішана відповідальність сторін за наявності їхньої обопільної

Транспортні договори 597

вини. За договором річкового буксирування екіпаж судна або плоту, що буксируються, в оперативному відношенні підпо­рядковується капітанові буксира, згідно з цим пароплавство відповідає за шкоду, заподіяну володільцеві судна (плоту). Воно звільняється від відповідальності, якщо доведе, що шкода заподіяна, а деревина була розкидана і не могла бути зібрана внаслідок обставин, які воно не могло відвернути та усунення яких від нього не залежало (статті 135 і 206 Статуту внутрішнього водного транспорту).

За прострочення у буксируванні судна чи плоту пароплав­ство сплачує штрафи у таких самих розмірах, як і за прост­рочення доставки вантажу (ст. 188 Статуту внутрішнього водного транспорту).

**§ 6. Договори про експлуатацію під'їзних колій, подачу та забирання вагонів. Вузлові угоди**

З метою максимального наближення навантажувально-розвантажувальних робіт до місць вироб­ництва і споживання вантажів, а також підвищення ефектив­ності використання перевізних засобів на залізничному тран-сгіЬрті укладаються допоміжні договори: про експлуатацію залізничної під'їзної коли або про подачу та забирання ваго­нів. Залізничними під'їзними коліями вважаються колії, при­значені для обслуговування окремих підприємств та пов'яза­ні із загальною мережею залізниць безперервною рейковою колією. Вони можуть належати як залізниці, так і клієнтурі.

Взаємовідносини залізниці з володільцем колії регулюють­ся *договором про експлуатацію залізничної під'їзної колії.* У ньому передбачаються кількість, порядок подачі та забиран­ня вагонів, строки обороту вагонів і контейнерів на під'їзній колії. Робота під'їзних колій тих підприємств, які мають свої локомотиви, здійснюється на основі єдиного технологічного процесу роботи під'їзної колії та станції примикання.

Нерідко під'їзною копією однієї організації користуються інші підприємства, що мають у межах цієї колії свої склади або пов'язані з нею своєю залізничною колією. Порядок обслуго­вування таких контрагентів передбачається у договорах, які

**598 *Глава 23***

укладаються ними з володільцем колії. Відповідальність перед залізницею за простій вагонів у контрагентів несе володілець під'їзної колії. При обслуговуванні під'їзної колії локомотивом залізниці між нею і контрагентом укладається договір на подачу та забирання вагонів, за яким усі розрахунки прово­дяться безпосередньо між ними.

Якщо підприємство має свої прирейкові склади та наван­тажувально-розвантажувальні майданчики на під'їзних коліях, які належать залізниці, то взаємовідносини між залізницею і підприємством регулюються *договором про подачу та забирання вагонів.* Маневрову роботу, подачу І забирання вагонів на під'їзних коліях залізниці здійснює ло­комотив залізниці за плату, визначену тарифом.

Договір про експлуатацію під'їзної коли та договір про пода­чу і забирання вагонів розробляються з урахуванням техно­логії роботи як під'їзної колії, так і станції примикання, осно­ваної на прогресивних технічних нормах. При визначенні кількості подач вагонів та інтервалів між ними враховуються фронт навантаження і розвантаження, найбільша кількість вагонів у кожній подачі, а також наявність засобів механізації. Зазначені договори укладаються на три роки.

У договорі про експлуатацію залізничної під'їзної колії та у договорі про подачу та забирання вагонів мають передба­чатися заходи, що сприяють прискоренню обороту вагонів, а також строки здійснення цих заходів. У разі зміни технічного оснащення або технології роботи станції чи під'їзної колії окремі пункти договору або весь договір на вимогу однієї сто­рони може бути переглянутий до закінчення строку його дії.

При перевезеннях вантажів у прямому змішаному сполу­ченні виникає потреба перевантажувати продукцію з одного на інший вид транспорт/. Ця перевалка вантажів здій­снюється у транспортних вузлах. Умови роботи перева­лочних пунктів визначаються *вузловими угодами* (догово­рами), що укладаються між транспортними підприємствами, які передають і приймають вантажі у транспортних вузлах. Вузлові угоди між залізницями і морськими та річковими пароплавствами укладаються на три роки. Порядок розробки та укладення вузлових угод, їх зміст визначаються правилами перевезення вантажів у відповідних видах прямого змішано­го сполучення. Наприклад, у вузлових угодах передбачають­ся місця передачі вантажів, строки навантаження і розванта-

Транспортні договори

ження вагонів та автомобілів, порядок приймання, здачі і зва­жування вантажів, місця оформлення документів (переда­вальних відомостей) тощо. У пунктах перевалки транспортні підприємства повинні забезпечувати безперебійну і рівно­мірну подачу вагонів, суден та автомобілів під навантаження перевалочних вантажів, широко розвивати перевалку ванта­жів з одного виду транспорту на інший за прямим варіантом, тобто без розвантаження у склад. Вузлові угоди за своїм змістом близькі до договорів на подачу і забирання вагонів.

**§ 7. Договір про перевезення пасажира та багажу**

За договором про перевезення пасажира перевізник зобов'язується перевезти пасажира до пункту призначення, а в разі здачі пасажиром багажу — також доставити багаж до пункту призначення і видати його уповноваженій на одержання багажу особі; пасажир зобов'я­зується сплатити встановлену плату за проїзд, а при здачі ба­гажу — і за його перевезення (ч. 2 ст. 358 ЦК).

Перевезення пасажирів здійснюються залізничним, річковим, морським, повітряним та автомобільним транспор­том, а в містах — метрополітеном, трамваями і тролейбу­сами. Існують автомобільні приміські, міжміські перевезення пасажирів та міські автобусні, а також перевезення марш­рутними та вантажопасажирськими таксомоторами. Переве­зення за плату пасажирів та їхніх речей громадянами, які здійснюють їх епізодично, регулюються нормами про договір підряду, а не правилами транспортного законодавства.

Договори про перевезення пасажирів укладаються усно. Доказом укладення договору є пасажирський квиток (ст. 187 Кодексу торговельного мореплавства). Проте квиток не можна вважати письмовою формою договору, оскільки на ньому немає підписів протилежних сторін. Він видається в основному без позначення імені пасажира, крім авіаквитків та іменних абонементних квитків на приміські поїзди. Іноді договір про перевезення укладається шляхом вчинення кон-клюдентних дій без видачі квитка (наприклад, опускання же­тона в касу метро, відкритого для проїзду пасажирів).

**600 *Глава 23***

Перевізник повинен подати для перевезення пасажирів той транспортний засіб і надати в ньому певне місце, що за­значені у проїзному квитку. При морських перевезеннях пароплавство до початку рейсу повинно привести судно у стан, придатний для плавання та безпечний для пасажирів, завчасно укомплектувати його екіпажем, спорядити й забез­печити усім необхідним і підтримувати його у такому стані під час перевезення (ст. 192 Кодексу торговельного мореплав­ства). Перевізник зобов'язаний доставити пасажира до місця призначення.

Пасажир має право провозити із собою безплатно одну дитину віком до п'яти років (на міському транспорті—до семи років), якщо вона не займає окремого місця (ст. 82 Статуту автомобільного транспорту). На дітей старшого віку (до 10 років, на повітряному транспорті — до 12 років) можна придбати пільговий дитячий квиток. Пасажирові дозволено зробити зупинку в дорозі з продовженням строку придатності квитка до десяти діб, а в разі хвороби — на весь час хвороби з поданням довідки лікувального закладу. Він може змінити один раз протягом поїздки залізницею маршрут, зазначений у квитку, не змінюючи станції призначення. У разі відмови від поїздки пасажирові повертається вартість проїзду за вираху­ванням збору за попередній продаж квитка і певного відсотка від вартості проїзду.

Пасажирам надається і ряд інших прав, пов'язаних з пере­везеннями. Водночас вони повинні додержуватися чинних на відповідному транспорті правил, тобто бережливо користу­ватися майном перевізника. Під час повітряних перевезень з метою забезпечення безпеки польотів, охорони життя і здоров'я пасажирів та членів екіпажу встановлено огляд пасажирів, їхньої ручної поклажі та багажу. Огляд прово­диться в аеропорту чи міському аеровокзалі. Якщо пасажир в аеропорту відмовляється від огляду багажу, перевізник має право розірвати договір, повернувши плату за перевезення з вирахуванням встановленого збору.

Відповідальність перевізника за шкоду, заподіяну смертю або ушкодженням здоров'я пасажира, визначається за правилами, що регулюють зобов'язання із заподіяння шкоди (глава 40 ЦК).

Пасажир, який придбав квиток для поїздки, має право про­возити із собою безкоштовно ручну поклажу певної ваги, зок-

***601***

***Транспортні договори***

рема залізницею — не більше як 36 кг і додатково у примісь­ких поїздах — не більше як 50 кг за плату за багажним тарифом. Турботу про цілість і схоронність своєї ручної пок­лажі повинен виявляти особисто пасажир. при морських і повітряних перевезеннях відповідальність за втрату, нестачу або пошкодження ручної поклажі може бути покладена на перевізника, якщо пасажир доведе його вину. На інших видів транспорту відповідальності перевізника за несхоронність:

ручної поклажі не передбачено.

На відміну від ручної поклажі, що перевозиться разом із пасажиром, багаж— це речі пасажира, які здаються перевіз­никові у його відання для доставки до пункту призначення за окрему плату. Багаж перевозиться у багажному вагоні чи ба­гажному відділенні судна, літака, автомобіля. На посвідчення прийому багажу до перевезення пасажирові видається ба­гажна квитанція (ст. 60 Повітряного кодексу України; ст. 187 Кодексу торговельного мореплавства).

Перевізник повинен забезпечити схоронність багажу та доставити його у строк, який визначається часом руху поїзда, теплохода, автомобіля до пункту призначення. Відповідаль­ність перевізника за втрату, нестачу, псування або пошкод­ження багажу, а також за прострочення його доставки будується на тих самих засадах, що й при порушенні перевіз­ником відповідних обов'язків за договором перевезення ван­тажу (ст. 362 ЦК).

Близьким до договору морського перевезення пасажира є *договір морського круїзу.* За цим договором одна сторона — організатор круїзу зобов'язується здійснити колективну морську подорож (круїз) за певною програмою і надати учасникові круїзу всі пов'язані з цим послуги (морське пере­везення, харчування, побутове та екскурсійне обслуговуван­ня тощо), а друга сторона — учасник круїзу зобов'язується сплатити за це встановлену плату. Документом, що під­тверджує наявність договору морського круїзу, є іменна путівка або інший прирівняний до неї документ, виданий організатором круїзу. Організатор круїзу повинен до його початку привести судно у належний стан, придатний до пла­вання і безпечного перевезення учасників круїзу, завчасно і належним чином спорядити його, укомплектувати екіпаж і утримувати судно в такому стані протягом усього часу круїзу.

***в02 Глава 23***

Учасник круїзу має право до початку круїзу відмовитися від договору і в разі завчасного повідомлення організатора круїзу про відмову від договору одержати сплачену суму за круїз у порядку, розмірах та строки, встановлені договором морського круїзу. В разі, коли організатор круїзу не може надати учасникові круїзу місце на судні, передбачене догово­ром, або за його згодою таке саме місце на іншому судні, яке за своїми характеристиками та комфортабельністю є не нижче від обумовленого, учасник круїзу має право відмо­витися від договору й одержати повну плату за круїз.

Організатор круїзу має право відмовитися від договору морського круїзу, якщо до його початку виникли такі обста­вини, як військові або інші дії, що загрожують небезпекою за­хоплення судна, затримання судна за розпорядженням влади з причин, не залежних від сторін договору, тощо. Якщо ці обставини настали після початку круїзу і призвели до його припинення, договір розривається. В цьому разі організатор круїзу повинен повернути учасникові плату за невикористану частину круїзу і на вимогу останнього доставити його у порт відправлення. В разі збільшення строку круїзу внаслідок не­передбачених обставин організатор круїзу несе всі додаткові витрати, пов'язані з наданням послуг учасникам круїзу (статті 195—202 Кодексу торговельного мореплавства).

**§ 8. Претензії та позови при перевезеннях**

Порушення учасниками перевезення та буксирування своїх обов'язків є підставою для пред'явлення уповноваженою особою претензій і позовів до правопоруш­ника. Обставини, що можуть зумовити матеріальну відпові­дальність перевізників, відправників, одержувачів вантажів і пасажирів і бути підставою для пред'явлення претензії та позову, посвідчуються *комерційними актами* та *актами за­гальної форми.*

Комерційний акт складається для посвідчення нестачі, псу­вання чи пошкодження вантажу або багажу, виявлення вантажів без супровідних документів та документів без ван­тажу, повернення перевізникові вкраденого вантажу (бага-

**603**

Транспортні договори

жу), непередачі вантажу залізницею на під'їзну колію протя­гом 24 годин після оформлення в товарній конторі видачі ван­тажу за документами.

В пункті 2.2 роз'яснення Президії Вищого арбітражного суду України "Про деякі питання практики вирішення спорів, що виникають з перевозок вантажів залізницею" від 20 листо­пада 1992 р. зазначено, що відповідно до ст. 43 Арбітражного процесуального кодексу ніякі докази не мають для арбітраж­ного суду заздалегідь встановленої сили. Отже, комерційні акти є тільки одним з доказів, який арбітражний суд оцінює у сукупності зі всіма іншими доказами у справі. Зокрема, комерційний акт може бути позбавлений доказової сили, особливо у випадках вивантаження вантажу засобами заліз­ниці на місцях загального користування, якщо цей акт не відповідає фактичним обставинам. Так, комерційний акт кон­статує, що нестачу, псування або пошкодження вантажу виявлено ніби-то під час вивантаження 10 січня, а з товарно-транспортних накладних на централізований вивіз вантажу вбачається, що він був вивезений зі станції 8 січня1.

Акти загальної форми складаються для посвідчення інших порушень договору перевезення. Відповідно до ст. 158 Ста­туту автомобільного транспорту і розділу 9 Правил переве­зення вантажів автотранспортом обставини, пов'язані з несхоронністю вантажів та іншими порушеннями договору перевезення, фіксуються у товарно-транспортній накладній, а у разі розходження в оцінці сторонами причин і характеру порушень оформляються актами встановленої форми, що прирівнюються до комерційних актів та актів загальної форми на інших видах транспорту.

Акт складає перевізник, якщо він сам виявить зазначені раніше обставини або їх наявність стверджується відправни­ком чи одержувачем вантажу. Необгрунтовану відмову пере­візника скласти комерційний акт можна оскаржити у встанов­леному порядку. В цьому разі приймання вантажу слід оформити відповідно до правил про порядок приймання про­дукції та товарів за кількістю і якістю, що діють при поставці, контрактації тощо.

\* Збірник офіційних документів Вищого арбітражного суду України — К„ 1997. — С. 35.

604 Глава 23

На підтвердження фактів, що мають юридичне значення при вирішенні спорів, пов'язаних із торговельним мореплав­ством, складається *морський протест.* Відповідно до глави 7 розділу IX Кодексу торговельного мореплавства, якщо під час плавання або стоянки судна мала місце подія (наприклад, за­гальна чи окрема аварія), яка може бути приводом для пред'явлення до судно володільця майнових вимог, капітан судна, щоб забезпечити докази для захисту прав і законних інтересів судно володільців, робить у встановленому порядку заяву про морський протест. Така заява має містити опис обставин та заходів, ужитих капітаном для забезпечення схо­ронності довіреного йому майна.

Морський протест заявляється: в порту України — нотаріусу або іншій посадовій особі, на яку законодавством України покладено вчинення нотаріальних дій; в іноземному порту — консулові України або компетентним посадовим особам іноземної держави в порядку, передбаченому зако­нодавством цієї держави. В порту України заява про морський протест подається протягом 24 годин з моменту оформлення приходу судна в порт. Якщо подія, що зумовила необхідність заяви морського протесту, сталася у порту, його слід заявити протягом 24 годин з моменту події. Якщо немає можливості заявити протест у встановлений строк, причини цього слід зазначити у заяві про морський протест. За наяв­ності підстав припускати, що подія спричинила шкоду ванта­жеві на судні, заяву про морський протест слід зробити до відкриття люків. Вивантаження вантажу до заяви морського протесту можна почати лише в разі крайньої потреби. На підтвердження обставин, викладених у заяві про морський протекст, капітан судна одночасно із заявою або не пізніше семи днів з моменту прибуття в порт чи з моменту події,, що сталася у порту, повинен подати нотаріусу чи іншій посадовій особі для огляду судновий журнал і засвідчену капітаном виписку із суднового журналу. Нотаріус або інша посадова особа на підставі заяви капітана, даних суднового журналу, опиту капітана, а в разі необхідності — інших свідків із складу суднового екіпажу складає акт про морський протест і посвідчує його своїм підписом і гербовою печаткою. На умо­вах взаємності прийняття заяви про морський протест від капітанів іноземних суден і складання у цих випадках актів про морський протест можуть здійснювати відповідні кон­

Транспортні договори 605

сульські представники іноземних держав в Україні (статті 341—347 Кодексу торговельного мореплавства).

За всіма видами перевезень передбачено обов'язковий претензійний порядок вирішення спорів. Претензії, які вини­кають з перевезень вантажів, пред'являються до транспорт­ної організації пункту призначення вантажу. Якщо спір виник з перевезення вантажу в прямому змішаному сполученні, то претензія пред'являється: а) до управління залізниці призна­чення, якщо кінцевим пунктом призначення є залізнична станція; б) до іншого транспортного органу, коли кінцевим пунктом перевезення є порт (пристань), автостанція чи аеро­порт. Претензії, що виникають з перевезень пасажирів та ба­гажу, можуть пред'являтись до транспортного органу відправлення або призначення на розсуд заявника. Залежно від характеру порушення право на пред'явлення претензії має відправник чи одержувач вантажу, які можуть переус-тупити його один одному або кожен з них своєму вищестоя­щому органові чи транспортно-експедиційній організації. Пе­редача права на пред'явлення до перевізника претензії або позову іншим організаціям чи громадянам не допускається.

Для усіх перевезень, за загальним правилом, закріпленим у статтях 365 і 366 ЦК України і відтвореним у всіх транс­портних статутах (кодексах), до пред'явлення перевізникові позову обов'язково слід пред'явити йому претензію. Пре­тензії пред'являються протягом шести місяців, а про сплату штрафів і премій — протягом 45 днів. Перевізник зобов'яза­ний розглянути заявлену претензію і повідомити заявника про задоволення чи відхилення її протягом трьох місяців, а щодо претензії по перевезенню, здійснюваному перевізника­ми різних видів транспорту за одним документом, — протя­гом шести місяців; про сплату штрафу або пені — протягом 45 днів. Якщо претензію відхилено чи відповідь не одержано у зазначені строки, заявникові надається на пред'явлення позову два місяці з дня одержання відповіді або закінчення строку, встановленого для відповіді. Для пред'явлення перевізником до відправників, одержувачів чи пасажирів позовів, що випливають з перевезення, встановлено шести­місячний строк (ч. 2 ст. 366 ЦК).

Відповідно до п. З ст. 982 проекту ЦК України позовна давність за вимогами, що випливають з перевезення ванта-

600 Глава 23

жу, встановлюється в один рік з моменту, що визначається згідно з транспортними статутами (кодексами).

Строки позовної давності та порядок пред'явлення позовів у спорах, пов'язаних з перевезеннями в закордонному спо­лученні, встановлюються транспортними статутами (кодек­сами) або міжнародними угодами (ст. 367 ЦК)

§ 9. Договори про експедицію

Серед допоміжних договорів, що пов'язані з перевезеннями вантажів, багажу та пошти, слід виділити до­говори про експедицію. У зв'язку з розвитком централізова­них перевезень вантажів автомобільному транспорту часто передаються функції, пов'язані з виникненням або завершен­ням процесу перевезення вантажів на інших видах транспор­ту. Автотранспортні підприємства чи спеціально створювані транспортно-експедиційні організації приймають на себе весь комплекс операцій по відправленню вантажів залізнич­ним, водним та повітряним транспортом, одержанню від них вантажів і доставці їх одержувачам, проведенню розрахунків за перевезення тощо. Відносини цих організацій з клієнтурою га іншими транспортними підприємствами оформляються до­говорами про експедицію.

Експедиційні функції здійснюють також підприємства зв'язку. За договорами з видавництвами газет, журналів вони одержують періодичні видання від друкарень, обробля­ють, упаковують і відправляють їх за призначенням. Поштові підприємства виконують функції експедитора і тоді, коли вони приймають і доставляють клієнтурі — громадянам та органі­заціям — різні поштові відправлення: листи, посилки, банде­ролі, грошові перекази, газети та журнали. Пересилання поштових відправлень неможливе без їх перевезення різними видами транспорту. Установи зв'язку укладають з перевіз­никами договори на перевезення пошти. Зокрема, залізниці здійснюють поштові перевезення як у спеціальних вагонах Міністерства зв'язку, так і у вагонах залізниць, включаючи їх / пасажирські, швидкі та поштово-багажні поїзди.

**607**

***Транспортні договори***

У чинному ЦК України немає норм щодо договору про експедицію.

Договору про транспортну експедицію присвячується гла­ва 63 проекту ЦК України (статті 986—992). Відносини по транспортно-експедиційному обслуговуванню регулюються нормами транспортних статутів (ст. 78 Статуту внутрішнього водного транспорту; статті 125 1126 Статуту автомобільного транспорту). Правилами централізованого завезення (виве­зення) вантажів автомобільним транспортом загального користування на залізничні станції, аеропорти, морські порти, порти (пристані) внутрішнього водного транспорту, що спільно затверджуються відповідними транспортними міністер­ствами.

За *договором про транспортну експедицію* експедитор зобов'язується за винагороду і за рахунок відправника ван­тажу укласти від його або свого імені один чи кілька договорів про перевезення вантажу та організувати виконання зазна­чених у договорі додаткових послуг, пов'язаних із перевезен­ням. Як додаткові послуги за договором експедиції можуть передбачатись: здійснення таких необхідних для доставки вантажу операцій, як одержання потрібних для експорту або імпорту документів, виконання митних та інших формальнос­тей, перевірка кількості та стану вантажу, його навантаження і розвантаження, сплата мита, зборів та інших витрат, що пок­ладаються на відправника, зберігання вантажу, його одер­жання у пункті призначення.

Експедитор може діяти від імені клієнта або від свого імені. Якщо експедитор за умовами договору діє від імені відправ­ника, то щодо відносин по договору експедиції застосовують­ся положення про договір доручення. У разі, якщо він діє від свого імені, застосовуються відповідні правила про договір комісії. При цьому відповідальність за невиконання чи нена­лежне виконання обов'язків, що становлять зміст додаткових послуг, надання яких прийняв на себе експедитор, визна­чається законодавством про відповідний договір (підряду, зберігання тощо) та умовами договору про експедицію. Отже, договір експедиції може містити елементи кількох видів дого­ворів: перевезення, доручення, комісії, підряду, зберігання тощо, які тісно переплітаються в одному юридичному факті (договорі).

***608 Глава 23***

*У* договорі про транспортну експедицію, укладеному між експедитором і клієнтом, експедитор по суті заміняє клієнта у відносинах із перевізником. У зв'язку з цим автотранспортні підприємства, що здійснюють транспортно-експедиційне обслуговування клієнтури, користуються правами і несуть обов'язки та відповідальність, передбачені транспортними статутами для відправників та одержувачів вантажів.

Водночас автотранспортні підприємства (експедитор) укладають з організаціями залізничного транспорту, морськими і річковими портами та аеропортами договори про централізоване завезення та вивезення вантажів. У цих договорах передбачаються:

обсяги перевезень вантажів;

строки доставки вантажів згідно із погодженими гра­фіками;

забезпечення схоронності вантажу;

виконання навантажувально-розвантажувальних робіт в обумовлені години доби;

умови розрахунків за перевезення та виконання експеди­торських робіт;

взаємна відповідальність сторін за порушення договірних зобов'язань тощо.

Договори, що укладаються автотранспортними підприєм­ствами, з одного боку, з клієнтурою на транспортно-експе­диційне обслуговування, а з другого — з транспортними підприємствами на централізоване завезення і вивезення вантажів, за своїм змістом мають бути взаємопогодженими, щоб забезпечити чітку й злагоджену роботу транспорту та клієнтури. Тому на клієнта покладаються такі обов'язки:

пред'являти вантажі експедиторові рівномірно протягом кварталу, місяця, доби;

забезпечувати на своїх складах роботу по відправленню та прийманню вантажів у певні години, погоджені з експедито­ром, тощо.

За невиконання або неналежне виконання обов'язків за договором про транспортно-експедиційне обслуговування сторони несуть майнову відповідальність. Вона визначається як загальними положеннями про зобов'язання, так і нормами транспортних статутів (кодексів), договорами між експедито­рами та клієнтами, які укладаються на основі типових

***609***

Транспортні договори

договорів (наприклад, типовий договір про централізоване завезення (вивезення) вантажів на станції залізниць, у порти (на пристані), аеропорти, виконання міжміських перевезень вантажів і транспортно-експедиційне обслуговування авто­транспортними підприємствами та організаціями автомобіль­ного транспорту загального користування).

Договором про експедицію, за умовами якого експедитор діє від свого імені, може бути передбачено відповідальність експедитора за неналежне виконання договорів перевезен­ня, укладених ним з метою забезпечити доставку вантажу. Така відповідальність експедитора визначається за тими самими правилами, за якими перед ним відповідає той чи інший перевізник, якщо договором не передбачено підвищену відповідальність експедитора. Зокрема, експедитор відпові­дає перед клієнтом за неподання контейнера під завантажен­ня, за невручення квитанції про приймання вантажу до пере­везення або накладної після одержання вантажу від перевіз­ника, за нестачу, пошкодження вантажу тощо. Клієнт несе відповідальність за невикористання поданих автомобілів чи контейнерів, за несвоєчасну оплату наданих послуг тощо.

Глава 24. Зобов'язання зі страхування

**§ 1. Соціально-економічна суть страхування та його правове регулювання**

У житті кожної людини та діяльності орга­нізацій можуть настати моменти, коли внаслідок дії стихійних сил природи чи допущеної ким-небудь помилки або нещасно­го випадку завдається шкода майну, ушкоджується здоров'я або настає навіть смерть громадянина. Досить назвати такі трагічні події наприкінці 20 ст., як Чорнобильська катастрофа, землетрус у Вірменії, загибель теплохода "Адмірал Нахімов", внаслідок яких загинули тисячі людей. На компенсацію або зменшення шкідливих наслідків цих подій спрямовані норми різних галузей права, в тому числі цивільно-правові норми інституту страхування. Соціально-економічна суть страху­вання полягає в тому, що за рахунок внесків, здійснюваних юридичними особами та громадянами, створюються страхові фонди, що використовуються для компенсації особам, які постраждали внаслідок стихійних лих, нещасних випадків або Інших передбачених у законі подій.

У ст. 1 Закону України "Про страхування" від 7 березня 1996 р. поняття страхування визначено як вид цивільно-пра­вових відносин по захисту майнових інтересів громадян та юридичних осіб у разі настання певних подій (страхових випадків) за рахунок грошових фондів, що формуються шля­хом сплати ними страхових платежів (страхових внесків, страхових премій).

Зобов'язання зі страхування 611

Об'єктами страхування можуть бути майнові інтереси, що не суперечать законодавству України. Залежно від об'єктів страхування поділяється на: *особисте —* страхування майнових інтересів, пов'язаних із життям, здоров'ям, працездатністю та пенсійним забезпеченням страхувальника або застрахованої особи; *майнове —* страхування майнових інтересів, пов'язаних з володінням, користуванням і розпо­рядженням майном; *страхування відповідальності* пов'язане з відшкодуванням страхувальником заподіяної ним шкоди особі або майну громадянина, а також шкоди, заподіяної юридичній особі.

Страхування може бути *добровільним* або *обов'язковим.*

Добровільне страхування здійснюється на основі договору між страхувальником і страховиком. Загальні умови і порядок проведення добровільного страхування встановлюються пра­вилами страхування, що їх встановлює страховик самостійно. Конкретні умови страхування встановлюються при укладенні договору страхування. Добровільне страхування не може бути обов'язковою передумовою при реалізації інших право­відносин, не пов'язаних зі страхуванням.

Види, умови і порядок проведення обов'язкового страху­вання встановлюються відповідними актами законодавства України. При цьому страхувальник вільним у виборі стра­ховика, якщо інше не передбачено актами законодавства.

Поряд із цивільно-правовими нормами інституту страху­вання існує інститут державного соціального страхування. Головна відмінність між ними полягає в тому, що при держав­ному соціальному страхуванні за робітників, службовців, чле­нів кооперативних та інших організацій внески до фонду соціального страхування, якими відають профспілки, вносять підприємства або кооперативи без будь-яких відрахувань з їхньої заробітної плати, тоді як страхування за нормами ци­вільного законодавства засноване, як правило, на майновій участі у створенні страхових фондів самих громадян.

Страхування виконує ряд функцій: а) *компенсаційну,* оскільки страхові фонди використовуються насамперед для відшкодування страхувальникам заподіяних збитків; б) *пре­вентивну,* бо з цих фондів фінансуються профілактичні заходи по відверненню шкідливого впливу стихійних сил природи та Інших негативних наслідків; в) функцію *сприяння розвиткові*

***612 Глава 24***

*економіки,* тому що частина прибутку страхових організацій перераховується у доход державного бюджету.

Майнові та особисті немайнові відносини, що виникають внаслідок страхування, регулюються нормами статей 369— 373 ЦК України, Законом України "Про страхування", прави­лами окремих видів страхування, що встановлюються відпо­відними чинними нормативними актами законодавства України. Відносини з морського страхування суден, вантажів та інших об'єктів регулюються нормами, що містяться у Ко­дексі торговельного мореплавства і правилах про окремі види морського страхування.

**§ 2. Страхове зобов'язання. Основні страхові поняття**

Учасниками страхового зобов'язання, які пов'язані між собою правами та обов'язками, є, з одного боку, страховик, а з другого — страхувальник. *Страховиками* визнаються юридичні особи, які створені у формі акціонер­них, повних, командитних товариств або товариств з додат­ковою відповідальністю з метою здійснення страхової діяль­ності в Україні, а також одержали у встановленому порядку ліцензії на здійснення цієї діяльності.

Загальна частка іноземних юридичних осіб та іноземних громадян у статутному фонді страховика має не перевищу­вати 49 відсотків.

Предметом безпосередньої діяльності страховика може бути лише страхування, перестрахування і пов'язана з ними фінансова діяльність. Іншими видами діяльності страховик може займатися лише у випадках, передбачених чинним за­конодавством.

В Україні серед страхових об'єднань одне з перших місць займає Національна акціонерна страхова компанія "Оранта". Вона здійснює на території України: а) усі види державного обов'язкового страхування майна підприємств, організацій і громадян, добровільного особистого й майнового страхуван­ня, а також інші види державного обов'язкового страхування відповідно до чинного законодавства України; б) проведення запобіжної та інвестиційної діяльності, перестрахувальних

***Зобов'язання зі страхування 613***

операцій, утому числі в іноземній валюті; в) розвиток ділового співробітництва із страховими організаціями інших країн, ве­дення спільної страхової діяльності. З метою створення умов для конкуренції у сфері страхової діяльності та підвищення якості страхових послуг визнано за доцільне відмовитися від монополії держави на страхову справу. Отже, на страховому ринку в міру його формування діятимуть конкуруючі між собою державні, акціонерні, взаємні, кооперативні товарист­ва та асоціації, що мають право залучати до своєї діяльності страхові організації іноземного капіталу.

Страховики можуть утворювати спілки, асоціації та інші об'єднання для координації своєї діяльності, захисту інтересів своїх членів і здійснення спільних програм, якщо їх утворення не суперечить чинному законодавству України. Проте ці об'єднання не мають права безпосередньо займатися стра­ховою діяльністю.

Об'єднання страховиків діють на підставі статутів і набувають прав юридичної особи після їх державної реєстрації. Дер­жавна реєстрація об'єднань страховиків проводиться в порядку, передбаченому для реєстрації страховиків. Орган, що здійснює реєстрацію об'єднань страховиків, у десятиден­ний строк з дня реєстрації повідомляє про це Комітет у спра­вах нагляду за страховою діяльністю.

Страховики, яким дозволено займатися страхуванням відповідальності власників транспортних засобів за шкоду, заподіяну третім особам, та за умовами, передбаченими міжнародними договорами України щодо зазначеного виду страхування, повинні утворити Моторне (транспортне) стра­хове бюро, яке є юридичною особою, що утримується за рахунок коштів страховиків.

Договори морського страхування із страхувальниками-резидентами і договори обов'язкового страхування пасажи­рів від нещасних випадків, що виникають під час морського перевезення, укладаються страховиками, які визнані такими відповідно до законодавства України, одержали у встановле­ному порядку ліцензії на здійснення цього виду страхування і є членами Морського страхового бюро. Морське страхове бюро координує діяльність страховиків у галузі страхування морських ризиків та представляє їх інтереси у міжнародних об'єднаннях страховиків. Утворення Морського страхового бюро та його державна реєстрація здійснюються в порядку,

614 Глава 24

визначеному Кабінетом Міністрів України (частини 3 і 4 ст. 242 Кодексу торговельного мореплавства).

Для випадків авіаційного страхування передбачається створення Авіаційного страхового бюро (частини 2 і 3 ст. 103 Повітряного кодексу України).

З метою страхового захисту своїх майнових інтересів гро­мадяни та юридичні особи можуть створювати *товариства взаємного страхування.*

Страховики здійснюють страхову діяльність через стра­хових посередників — страхових агентів та брокерів.

*Страхові агент —* громадяни чи юридичні особи, які діють від імені та за дорученням страховика і виконують частину його страхової діяльності (укладення договорів страхування, одержання страхових платежів, виконання робіт, пов'язаних з виплатами страхових сум і страхового відшкодування). Страхові агенти є представниками страховика і діють у його інтересах за комісійну винагороду на підставі договору із страховиком.

*Страхові брокера—* громадяни або юридичні особи, що за­реєстровані у встановленому порядку як суб'єкти підприєм­ницької діяльності та здійснюють посередницьку діяльність на страховому ринку від свого імені на підставі доручень страху­вальника чи страховика.

Страхові брокери зобов'язані повідомити Комітет у спра­вах нагляду за страховою діяльністю про свої наміри здійсню­вати посередницьку діяльність на страховому ринку за десять днів до початку цієї діяльності, а також надіслати копію свідоцтва про їхню реєстрацію як суб'єктів підприємницької діяльності.

Посередницька діяльність страхових брокерів від імені іно­земних страховиків на території України не допускається, якщо інше не передбачено/міжнародними договорами України.

*Страхувальниками* визнаються дієздатні громадяни або юридичні особи, які уклали із страховиками договори страху­вання свого майнового інтересу і вносять страхові платежі. Громадяни України, іноземці чи особи без громадянства, які постійно проживають в Україні, мають право застрахувати себе або своє майно. Страхувальниками з майнового стра­хування, крім громадян, виступають кооперативи, орендні, колективні, приватні та інші підприємства. Державні органі-

Зобов’язання зі страхування 615

зації страхують закріплене за ними майно лише у випадках, зазначених у законі.

Учасником зобов'язання за особистим страхуванням є *за­страхована особа,* в житті якої може трапитись подія, що породжує обов'язок страхової організації виплатити їй (чи в разі Ті смерті іншій особі) страхову суму.

Застрахованою особою може бути як сам страхувальник, так і інша фізична особа. В договорах страхування дітей, стра­хування до шлюбу та деяких інших страхувальниками можуть бути батьки або родичі, опікуни чи піклувальники, а застрахо­ваною особою — дитина, вік якої на день подачі страхуваль­ником заяви про страхування не може перевищувати певної кількості років. Страхувальники мають право при укладенні договорів страхування призначати громадян чи юридичних осіб для одержання страхових сум або страхового відшкоду­вання *(вигодонабувачів}, а* також замінювати їх до настання страхового випадку. Це договори на користь третьої особи (ст.-ІбОЦК).

Наприклад, у договорі змішаного страхування життя зазна­чається особа, якій має бути виплачена страхова сума в разі смерті страхувальника в період дії договору. Проте якщо ця особа померла раніше або в один день зі страхувальником, страхова сума виплачується спадкоємцям страхувальника.

Страхові правовідносини виникають та існують за наяв­ності у страхувальника *страхового інтересу, тобто* тих імовір­них збитків, яких він може зазнати внаслідок настання певної страхової події (загибель майна, смерть чи втрата працездат­ності тощо). Страховий інтерес може бути не тільки у влас­ника майна, айв іншої особи, зокрема орендаря, зацікавле­ного у збереженні майна та відповідального за його цілість і схоронність.

*Страховий ризик —* це ймовірність настання певної події, у зв'язку з якою проводиться страхування.

Від ступеня ймовірності настання певної страхової події за­лежать розміри страхових внесків з конкретного виду страху­вання. Наприклад, страхові внески за договором змішаного страхування життя зростають у міру зростання віку страху­вальника на день подачі ним заяви про страхування, адже з віком збільшується ймовірність його смерті.

*Страховий випадок —* це передбачена законодавством або договором подія, з настанням якої виникає обов'язок

***616***

***Глава 24***

страхової організації виплатити страхову суму чи страхове відшкодування страхувальникові або іншій третій особі. У мо­мент виникнення страхового зобов'язання сторонам не відо­мо, настане чи не настане страховий випадок (наприклад, загибель врожаю від засухи, граду тощо). Проте у разі неми­нучості настання події (наприклад, смерть страхувальника при змішаному страхуванні) сторони все одно не знають, коли саме вона настане. Однак це не означає, цю договір страхуван­ня є угодою, укладеною з відкладальною умовою (ч. 1 ст. 61 ЦК). У договорі страхування виникнення обов'язку страховика за­лежно від настання певної страхової події є неодмінною істот­ною умовою, що визначає суть страхування, тоді як відкла-дальна умова в інших угодах є випадковим елементом.

До страхових подій належать: травма, одержана страху­вальником внаслідок нещасного випадку, випадкове гостре отруєння недоброякісними харчовими продуктами, загибель тварини від транспортної події, закінчення строку за догово­ром змішаного страхування життя тощо.

*Страховий платіж (внесок, премія) —* плата за страхуван­ня, яку страхувальник зобов'язаний внести страховикові згідно з договором добровільного страхування або з умовами обов'язкового страхування.

*Страховий тариф —* ставка страхового внеску з одиниці страхової суми за певний період страхування. Страхові тари­фи при добровільній формі страхування обчислюються стра­ховиком самостійно. Конкретний розмір страхового тарифу визначається у договорі страхування за згодою сторін. Актами законодавства України про обов'язкове страхування встановлюються максимальні розміри страхових тарифів та мінімальні розміри страхових сум (ст. 9 Закону України "Про страхування").

Страхові внески страхувальник може сплачувати стра­ховикові одноразово (наприклад, у випадку страхування вихованців дитячих інтернатних закладів) чи періодичними платежами. За договорами особистого або майнового стра­хування внески сплачують громадяни: а) безготівковим шля­хом — через бухгалтерію підприємства або з рахунку по вкладу в ощадному банку; б) готівкою — сплатою грошей страховому агентові чи поштовим переказом. Розміри стра­хових платежів з окремих видів страхування залежать від страхової суми, строку страхування та інших обставин.

Зобов'язання зі страхування 617

*Страхова оцінка —* це визначення вартості майна з метою його страхування. Так, страхова оцінка будівель, устаткуван­ня та іншого майна сільськогосподарських підприємств визначається за балансовою (інвентарною) вартістю за вира­хуванням амортизації. У межах страхової оцінки встанов­люється сума, на яку застраховано майно (страхова сума).

*Страхова сума —* встановлена законодавством чи догово­ром майнового страхування грошова сума, в межах якої страхова організація відповідно до умов страхування зобов'я­зана виплатити відшкодування при настанні страхового ви­падку. За договором особистого страхування страхова сума визначається за угодою сторін або в нормативному порядку. При страхуванні майна страхова сума встановлюється у межах вартості майна за цінами і тарифами, що діють на мо­мент укладення договору, якщо інше не обумовлено догово­ром страхування чи умовами обов'язкового страхування.

*Страхове відшкодування* (або забезпечення) — це грошо­ва сума, яку виплачує страховик за умовами майнового страхування при настанні страхового випадку. Страхове відшкодування не може перевищувати розміру прямого збитку, якого зазнав страхувальник. Непрямі збитки вважа­ються застрахованими, якщо це передбачено договором страхування. Якщо майно застраховане у кількох страховиків і загальна страхова сума перевищує дійсну вартість майна, то страхове відшкодування, що виплачується усіма страховика­ми, не може перевищувати дійсної вартості майна. При цьому кожен страховик здійснює виплату пропорційно до розміру страхової суми за укладеним ним договором страхування.

Страхове відшкодування не може перевищувати страхову оцінку, оскільки вона визначає розмір страхового інтересу. Визначення розміру страхового відшкодування здійснюється за пропорційною системою чи за системою першого ризику.

За *пропорційною системою* страхове відшкодування здійснюється за формулою **х : а = в : с, де х** — сума страхо­вого відшкодування, а — сума збитків, в — страхова сума, на яку застраховано майно, с — страхова оцінка об'єкта. Отже, якщо майно застраховано на повну суму страхової оцінки, то всі збитки в межах цієї суми будуть повністю відшкодовані. Проте якщо його застраховано у частині страхової оцінки, то й збитки відшкодовуються частково, тобто у відсотковому відношенні страхової суми до страхової оцінки. Ця система діє

**618**

***Глава 24***

при страхуванні сільськогосподарських культур та добровіль­ному страхуванні будівель.

За *системою першого ризику* збитки у межах страхової суми відшкодовуються страхувальникові повністю. Таким чином, ці збитки є тим "першим ризиком", який несе страхова організація. Збитки в тій частині, яка виходить за межі стра­хової суми, називаються "другим ризиком", що падає на стра­хувальника. За цією системою виплачується відшкодування при добровільному страхуванні домашнього майна і засобів транспорту.

Страховик має право перестрахувати частину ризику в іншої страхової організації. *Перестрахування —* це страху­вання одним страховиком на визначених договором умовах ризику виконання всіх або частини своїх обов'язків перед страхувальником у іншого страховика (перестраховика). Страховик, який уклав з перестраховиком договір про пере­страхування, залишається відповідальним перед страху­вальником у повному обсязі згідно з договором страхування.

З метою забезпечити повноту страхового фонду, прове­дення профілактичних заходів та виконання обов'язків перед страхувальниками страховики намагаються застрахувати якомога ширше коло об'єктів. Максимальна їх кількість, яка може бути охоплена страхуванням, називається *страховим полем.*

*Навантаження страхової премії —* частина страхового платежу, що Ті використовує страховик на покриття видатків по веденню справи.

*Франшиза —* визначена договором або умовами страху­вання частина збитків, яку страховик не відшкодовує страху­вальникові і яка припадає на страхувальника (наприклад, при страхуванні засобів транспорту).

**§ 3. Зобов'язання з добровільного страхування**

Відповідно до установчих документів та одержаної ліцензії страховики можуть здійснювати такі види страхування: 1) *особисте —* страхування життя від нещасних випадків; медичне страхування; 2) *майнове —* страхування

Зобов'язання зі страхування 619

засобів наземного, повітряного, водного транспорту; страху­вання вантажів; інших видів майна; фінансових ризиків;

3) *відповідальності;* 4) *перестрахування;* 5) інші види страху­вання, визначені в ліцензії.

Державний нагляд за страховою діяльністю в Україні здійснює Комітет у справах нагляду за страховою діяльністю.

Однією з тенденцій удосконалення страхового законодав­ства є пріоритетний розвиток різних видів добровільного страхування. Підставами виникнення зобов'язань з добро­вільного страхування виступають *договори майнового* чи *особистого* страхування або перестрахування. За загальни­ми правилами, договір страхування є реальним, бо до вне­сення першого страхового платежу він не вступає в силу, якщо інше не передбачено умовами страхування. Він укла­дається в письмовій формі шляхом видачі страхувальникові *страхового свідоцтва* (сертифіката), а в морському страху­ванні — *поліса.*

Поняття договору страхування визначено в ст. 15 Закону України "Про страхування". *Договір страхування —* це письмова угода між страхувальником і страховиком, згідно з якою страховик бере на себе зобов'язання у разі настання страхового випадку виплатити страхову суму або відшкоду­вати завдані збитки у межах страхової суми страхувальникові чи іншій особі, визначеній страхувальником, або на користь якої укладено договір страхування (надати допомогу, вико­нати послугу тощо), а страхувальник зобов'язується сплачу­вати страхові платежі у визначені строки та виконувати інші умови договору.

Для укладення договору страхування страхувальник подає страховикові письмову заяву за формою, встановленою страховиком, або іншим чином заявляє про свій намір укласти договір страхування. Факт укладення договору посвідчується видачею страхового свідоцтва (поліса, сер­тифіката). Договір страхування має містити: назву документа;

назву та адресу страховика; прізвище, ім'я, по батькові громадянина або назву юридичної особи — страхувальника та його адресу; зазначення об'єкта страхування; розмір стра­хової суми; вказівку на страховий ризик; строк дії договору та порядок його зміни чи припинення; інші умови за згодою сторін; підписи сторін (ст. 15 Закону України "Про страху­вання").

**620**

***Глава 24***

Договір страхування — двосторонній, адже права та обов'язки мають обидві сторони договору — страхувальник і страховик. Зокрема, страховик за договором страхування зобов'язаний:

1) ознайомити страхувальника з умовами і правилами страхування;

2) протягом двох робочих днів, як тільки стало відомо про настання страхового випадку, вжити заходів щодо оформлен­ня всіх необхідних документів для своєчасної виплати стра­хової суми або страхового відшкодування страхувальникові;

3) при настанні страхового випадку виплатити страхову суму або страхове відшкодування у передбачений договором строк. Страховик несе майнову відповідальність за несвоє­часну виплату страхової суми шляхом сплати страхувальни­кові неустойки (штрафу, пені), розмір якої визначається умо­вами страхування або згодою сторін;

4) відшкодувати витрати, що їх зазнав страхувальник при настанні страхового випадку щодо запобігання або зменшен­ня збитків, якщо це передбачено умовами договору;

5) за заявою страхувальника у разі проведення страхови­ком заходів щодо зменшення страхового ризику або збіль­шення вартості майна переукласти з ним договір страху­вання;

6) тримати в таємниці відомості про страхувальника і його майновий стан, за винятком випадків, передбачених законо­давчими актами України.

Умовами договору страхування можуть бути передбачені також інші обов'язки страховика, які є одночасно правами страхувальника у двосторонньому зобов'язанні (ст. 19 Закону України "Про страхування").

Обов'язкам страхувальника відповідають права стра­ховика у договорі страхування. Страхувальник за цим дого­вором зобов'язаний;

1) своєчасно вносити страхові платежі;

2) при укладенні договору страхування надати страховико­ві інформацію про всі відомі йому обставини, що мають істот­не значення для оцінки страхового ризику, і надалі інформу­вати його про будь-яку .зміну страхового ризику;

3) вживати заходів щодо запобігання та зменшення збит­ків, завданих внаслідок настання страхового випадку;

Зобов'язання зі страхування 621

4) повідомити страховика про настання страхового випадку в строк, передбачений умовами страхування. У дого­ворі можуть також передбачатися й інші обов'язки страху­вальника (ст. 20 Закону України "Про страхування").

Якщо обов'язок страхувальника своєчасно вносити стра­хові платежі є безумовним, то обов'язок страховика випла­тити страхову суму або страхове відшкодування виникає за умови настання страхового випадку. Проте виплата цих сум є виконанням страховиком свого обов'язку за договором, а не формою цивільно-правової відповідальності перед стра­хувальником.

Тому невірно тлумачити страхову відповідальність як обов'язок страховика виплатити страхове відшкодування1. Майнова відповідальність страховика може настати за несвоєчасну виплату страхової суми, страхового відшкоду­вання, інші порушення договору або умов страхування, визначених законом чи правилами страхування (ст. 19 Зако­ну України "Про страхування").

За несвоєчасну виплату страхової суми, страхового відшкодування чи за інші порушення договору настає майно­ва відповідальність у вигляді неустойки (штрафу або пені).

Відповідно до ст. 24 Закону України "Про страхування" виплата страхових сум і страхового відшкодування про­водиться страховиком на підставі заяви страхувальника і страхового акта (аварійного сертифіката). Страховий акт складається страховиком або уповноваженою ним особою. У разі потреби страховик може робити запити про відомості, пов'язані із страховим випадком, до правоохоронних органів, банків, медичних закладів та інших організацій, що володіють інформацією про обставини страхової події, а також може самостійно з'ясовувати причини та обставини страхового випадку.

Підприємства, установи та організації повинні надсилати страховикові відповіді на запити про відомості, пов'язані із страховим випадком, у тому числі й дані, які є комерційною таємницею. При цьому страховик несе відповідальність за їх розголошення у будь-якій формі, за винятком випадків,

' Страхування в Україні: 36. нормативних актів, методичних та інформаційних матеріалів. — К., 1996. — С. 8.

**622 *Глава 24***

передбачених чинним законодавством України. Наявність у страховиків сплаченого статутного фонду, створення стра­хових резервів, а також системи перестрахування — це умови забезпечення платоспроможності страховиків. Вони повинні дотримуватися нормативних співвідношень між сумою власного статутного фонду із страховим резервом та обсягом прийнятих на себе страхових зобов'язань.

У ст. 25 Закону України "Про страхування" визначено за­гальні для усіх видів страхування підстави для відмови стра­ховика у виплаті страхових сум (страхового відшкодування). Такими підставами є:

1) навмисні дії страхувальника або особи, на користь якої укладено договір страхування, спрямовані на настання стра­хового випадку (крім дій, пов'язаних з виконанням цими осо­бами громадянського обов'язку щодо захисту майна, здоров'я, життя, честі та гідності). Кваліфікація дій страху­вальника або особи, на користь якої укладено договір страху­вання, встановлюється відповідно до чинного законодавства України;

2) вчинення страхувальником-громадянином або іншою особою, на користь якої укладено договір, умисного злочину, цю призвів до страхового випадку;

3) подання страхувальником свідомо неправдивих відо­мостей про об'єкт страхування;

4) отримання страхувальником відповідного відшкодуван­ня збитків за майновим страхуванням від особи, винної у заподіянні їх. За договорами особистого страхування виплати страхових сум здійснюються незалежно від суми, яку має отримати одержувач за державним соціальним страхуван­ням, соціальним забезпеченням, і суми, що має бути йому сплачена як відшкодування збитків (ч. 2 ст. 371 ЦК; ч. 2 ст. 8 Закону України "Про страхування");

5) несвоєчасне повідомлення страхувальником про на­стання страхового випадку без поважних на це причин або створення страховикові перешкод у визначенні обставин, ха­рактеру та розміру збитків.

Законодавчими актами або умовами договору страхуван­ня можуть бути передбачені й інші підстави для відмови у виплаті страхових сум. Рішення про відмову у виплаті цих сум приймає страховик і повідомляє страхувальнику в письмовій

Зобов'язання зі страхування 623

формі з обгрунтуванням причин відмови. Це рішення страху­вальник може оскаржити у судовому порядку.

У період дії договору страхування може статися зміна осіб у страховому зобов'язанні. Зокрема, в разі смерті страху­вальника-громадянина його права та обов'язки переходять до спадкоємців. В інших випадках права та обов'язки страху­вальника можуть перейти до іншого громадянина чи юри­дичної особи лише за згодою страховика, якщо інше не перед­бачено договором страхування. У разі смерті страхуваль­ника, який уклав договір особистого страхування на користь третіх осіб, його права та обов'язки можуть перейти як до цих осіб, так і до осіб, на яких відповідно до чинного законодавст­ва покладено обов'язки з охорони прав і законних інтересів застрахованих. Якщо в період дії договору страхування стра­хувальника-громадянина суд визнав недієздатним або таким, у якого обмежена дієздатність, то права та обов'язки страху­вальника переходять до його опікуна або піклувальника. При цьому дія договору страхування цивільної відповідальності припиняється з часу втрати або обмеження дієздатності. Внаслідок реорганізації юридичної особи, яка є страхуваль­ником, її права та обов'язки, що випливають з договору стра­хування, переходять до правонаступника за згодою стра­ховика (статті 21—23 Закону України "Про страхування").

Зобов'язання зі страхування припиняється за таких підстав:

— за згодою сторін;

— закінчення строку, на який був укладений договір;

— виконання страховиком зобов'язань перед страхуваль­ником у повному обсязі;

— несплата страхувальником страхових платежів у вста­новлені договором строки;

—ліквідація страхувальника— юридичної особи або смер­ті страхувальника-громадянина, за винятком випадків, передбачених законодавством України;

— ліквідація страховика або страхувальника — юридичної особи в порядку, встановленому законодавством України;

— прийняття судового рішення про визнання договору страхування недійсним;

— наявність інших випадків, передбачених законодавст­вом України.

Зобов'язання зі страхування може бути достроково припинене на вимогу страхувальника або страховика, якщо

***624 Глава 24***

**це** передбачено умовами договору страхування. Про намір достроково припинити страхове зобов'язання будь-яка сто­рона повинна повідомити іншу не пізніше як за ЗО днів до дати припинення дії договору страхування, якщо інше ним не передбачено.

У разі дострокового припинення зобов'язання на вимогу страхувальника страховик повертає йому страхові платежі за період, що залишився до закінчення дії договору, з вираху­ванням витрат, яких він зазнав (викупна сума). Якщо вимога страхувальника обумовлена порушенням страховиком умов договору страхування, то останній повертає страхувальни­кові сплачені ним страхові платежі повністю. У разі достроко­вого припинення страхування на вимогу страховика страху­вальникові повертаються повністю сплачені ним страхові платежі. Якщо вимога страховика обумовлена невиконанням страхувальником умов договору, то страховик повертає стра­хувальникові страхові платежі за час дії договору з вираху­ванням витрат, яких він зазнав (ст. 27 Закону України "Про страхування").

Договір страхування може бути визнаний у судовому порядку недійсним (крім загальних підстав, передбачених статтями 48—57 ЦК) у разі:

а) якщо він укладений після настання страхового випадку;

б) якщо об'єктом договору страхування є майно, яке підля­гає конфіскації на підставі судового вироку або рішення, що набуло законної сили.

**§ 4. Деякі види договорів добровільного майнового страхування**

Існують такі види договорів добровільного майнового страхування: майна, тварин і сільськогосподар­ських культур, що належать кооперативним та громадським організаціям; морського; домашнього майна, що належить громадянам; транспортних засобів; будівель і домашніх тварин, що належать громадянам; вантажів; ризику непога-шення кредитів і відповідальності позичальників за непога-шення кредитів та інших фінансових ризиків тощо.

Зобов 'язання зі страхування 625

**За договором страхування майна, тварин і сільськогос­подарських культур, що належать кооперативним та громадським організаціям,** страхова сума визначається угодою сторін, але вона не може бути меншою 50 відсотків від вартості основних та оборотних засобів, по страхуванню будівель дачно- і житпово-будівельних кооперативів — найнижчою її межею є заборгованість за виданими коопе­ративу кредитами банку. Застрахованим може бути не лише власне майно страхувальника, а й прийняте ним від інших осіб на комісію, зберігання, переробку тощо. У добровільному порядку страхують тепер своє майно колективні сільськогосподарські підприємства, а також орендарі, се­лянські (фермерські) господарства.

**Договори морського страхування.** Об'єктом морського страхування може бути будь-який майновий інтерес, пов'я­заний з торговельним мореплавством, а саме: судно, вантаж, фрахт, прибуток, очікуваний від вантажу, заробітна плата та інші види винагороди капітана, інших осіб, які належать до суднового екіпажу, а також ризик, прийнятий на себе стра­ховиком (перестрахування). Об'єкт страхування зазна­чається у договорі морського страхування (ст. 242 Кодексу торговельного мореплавства). За відповідною угодою (гене­ральним полісом) мають бути застраховані всі або певного роду вантажі, які страхувальник одержує чи відправляє про­тягом певного строку. Проте на вимогу страхувальника по окремих відправках вантажів, охоплених дією генерального поліса, страховик видає поліси або страхові сертифікати. Страховик не несе відповідальності за збитки, що виникли внаслідок умислу чи грубої необережності страхувальника, одержувача та їх представників, однак він відповідає за легку необережність цих осіб (ст. 256 Кодексу торговельного мо­реплавства).

**Договори страхування домашнього майна, що нале­жить громадянам.** Майно, що належить громадянам на праві приватної власності, може бути застраховане: за загальним договором — усе домашнє майно, що є у даному госпо­дарстві, крім виробів з дорогоцінних металів, коштовних каменів, колекцій картин, унікальних та антикварних речей (вони страхуються за окремим договором); певні предмети домашнього майна; окремі групи речей або усі речі домаш­нього майна в даному господарстві, які поділяються на групи.

626 Глава 24

Страхування домашнього майна на вибір страхувальника проводиться за одним із трьох варіантів: перший варіант — від стихійного лиха, нещасного випадку, крадіжки, від будь-якого іншого випадку; другий варіант — усі випадки, вказані у першому варіанті, крім крадіжки; третій варіант — тільки на випадок крадіжки.

В разі зміни страхувальником постійного місця проживан­ня перевезене у зв'язку з цим домашнє майно вважається застрахованим за новим місцем проживання страхувальника (без переоформлення страхового свідоцтва) до кінця строку, передбаченого договором. Майно, яке тимчасово залиши­лось за попереднім місцем проживання страхувальника, вважається застрахованим тільки протягом місяця з дня переїзду страхувальника на нове місце проживання. До­машнє майно може бути застраховане на строк від одного до одинадцяти місяців і від одного до п'яти років включно. Стра­хова сума за договором страхування домашнього майна встановлюється за бажанням страхувальника. Картини, ко­лекції, унікальні та антикварні речі беруться на страхування тільки у повній їх вартості, вказаній у відповідному документі компетентної організації. За бажанням страхувальника під час дії договору можна збільшити страхову суму, уклавши до­датковий договір на строк, що залишився до кінця дії основ­ного договору.

**Договори страхування транспортних засобів.** Страху­вальниками за цим видом страхування можуть бути як фізичні, так і юридичні особи. На страхування приймаються:

транспортні засоби, що підлягають реєстрації в органах держ-автоінспекції; інші транспортні засоби з двигунами, що вико­ристовують власне джерело енергії; причепи, напівпричепи, човнові двигуни тощо; тролейбуси; трамваї. Предметом угоди із страхувальником можуть бути й інші засоби транспорту (човни, катери, яхти тощо). Водночас із транспортним засо­бом за бажанням страхувальника можуть бути застраховані:

водій та пасажири транспортного засобу (водії транспортних засобів, що належать підприємствам та установам, страху­ються тепер в обов'язковому порядку); додаткове обладнан­ня та устаткування, що не входить до комплекту транспорт­ного засобу згідно з інструкцією заводу-виробника; предмети багажу. Проте страхування багажу не поширюється на антикварні та унікальні предмети, вироби з дорогоцінних

***Зобов'язання зі страхування 627***

металів, коштовних каменів, предмети релігійного культу, ко­лекції, рукописи, цінні папери тощо.

Договір страхування транспортного засобу можуть укла­дати власник, орендар чи особа, яка користується ним на основі нотаріально посвідченої довіреності власника. Сторо­нам за взаємною згодою надається широка свобода у визна­ченні страхової суми. Такий договір укладається, як правило, строком на один рік за місцем постійного проживання чи роботи страхувальника, за місцем реєстрації, купівлі, техніч­ного огляду або стоянки транспортного засобу. Перед укла­денням договору представник страховика зобов'язаний огля­нути об'єкт страхування у присутності страхувальника, пере­вірити відповідність номерів кузова, двигуна, рами, шасі даним, зазначеним у технічному паспорті.

Страхування транспортних засобів проводиться в одному з трьох варіантів відшкодування збитків, завданих внаслідок пошкодження, знищення чи втрати транспортного засобу. Перший варіант (повне відшкодування) — в разі настання будь-якої події, за винятком пошкодження шин, якщо при цьому самому транспортному засобу не завдано інших по­шкоджень. Другий варіант (часткове відшкодування) — якщо пошкодження або втрата є наслідком будь-якої події, крім викрадення (угону) або спроби викрадення (угону), в тому числі окремих частин, деталей і приладдя транспортного за­собу. Третій варіант (часткове відшкодування) — на випадок викрадення чи спроби викрадення (угону), включаючи викра­дення окремих частин, деталей і приладдя.

Особливість страхування автомобіля полягає в тому, що страхувальникові надається можливість укласти договір за умови особистої участі страхувальника у відшкодуванні збит­ку (франшизи). Франшиза встановлюється у вигляді фіксова­ної суми страховиком залежно від зміни цін на автомобілі, вартості ремонтних робіт та автозапчастин. У цьому разі страховий внесок сплачується у зменшеному розмірі. В разі укладення договору з франшизою збиток, завданий автомо­білю, додатковому обладнанню і предметам багажу в розмірі, меншому за встановлену суму франшизи, не виплачується (він залишається на ризику страхувальника), а збиток, що перевищує встановлену суму франшизи, відшкодовується у повному обсязі. Договір страхування автомобіля може вклю­чати умови про відшкодування шкоди, пов'язаної з втратою

628 Глава 24

його товарного вигляду внаслідок настання страхових подій. Страхувальник, який обирає цю умову, додатково до страхо­вого платежу вносить суму в розмірі 50 відсотків нарахованої суми платежу. Страхове відшкодування виплачується страху­вальникові і тоді, коли транспортний засіб пошкоджено під час його експлуатації членом родини страхувальника.

**Договори страхування будівель, що належать громадя­нам.** Добровільне страхування будівель, що належать грома­дянам на праві приватної власності, застосовується щодо житлових будинків. Проте за цим договором можна застра­хувати також дачу, садовий будинок, гараж, огорожу тощо. Добровільне страхування будівель проводиться на випадок знищення чи пошкодження їх внаслідок будь-яких причин, крім навмисних дій страхувальника або члена його родини, військових дій, екологічних катастроф тощо. Договори укла­даються строком від одного до 11 місяців чи від одного до п'яти років включно. За бажанням страхувальника будівлі мо­жуть бути застраховані на договірну страхову суму.

Договір страхування укладається як на всі будівлі, що зна­ходяться на відведеній страхувальникові земельній ділянці, так і на деякі з них, і навіть на окремі їхні конструктивні еле­менти, як правило, з оглядом будівель або на підставі доку­ментів, що підтверджують наявність будівель. При переході у встановленому порядку будівлі у власність інших осіб вона вважається застрахованою до кінця строку, встановленого договором, без переоформлення страхового свідоцтва. Стра­хувальникові, який протягом трьох і більше календарних років підряд укладав договори, надається пільговий місячний строк для поновлення договору. Такий договір незалежно від дня сплати страхових платежів вважається поновленим і набирає чинності з дня закінчення дії попереднього договору.

**Договори страхування вантажів** можуть укладатись юридичними та фізичними особами, які користуються послу­гами різних видів транспорту: морського, залізничного, внут­рішнього водного, автомобільного та повітряного. За цими до­говорами страхувальникам відшкодовуються збитки, що виникають від випадковостей та небезпек під час перевезен­ня вантажів. Договір страхування може бути укладений на основі однієї з умов: з відповідальністю за всі ризики чи без відповідальності за пошкодження.

***Зобов'язання зі страхування 629***

За договором, укладеним на умовах відповідальності за всі ризики, відшкодовуються збитки від пошкодження, повної загибелі всього або частини вантажу, що сталися з будь-яких причин (за деякими винятками), а також всі необхідні і доціль­но здійснені витрати по рятуванню та збереженню вантажу.

При укладенні договору з умовою без відповідальності за пошкодження, названі збитки і витрати підлягають відшкоду­ванню страхувальникам, якщо вони зумовлені лише певними подіями: пожежею, бурею чи іншими стихійними лихами;

зіткненням транспортних засобів тощо.

За обома видами страхування вантажів не відшкодовують­ся збитки, що виникли внаслідок будь-якого роду військових дій або військових заходів, впливу атомного вибуху чи радіоактивного зараження тощо. За договором страхування, укладеним з умовою без відповідальності за пошкодження, не відшкодовуються збитки від підмокання вантажу атмос­ферними опадами, крадіжки, недоставки вантажу та з деяких інших причин.

**Договори страхування ризику непогашення кредитів і відповідальності позичальників за непогашення кредитів.** Крім майна, об'єктом страхування може бути й інший май­новий інтерес, зокрема ризик підприємницької діяльності. З 1 червня 1990 р. запроваджено добровільне страхування ризику непогашення кредитів. Договори добровільного стра­хування ризику непогашення кредитів страховики укладають з банками. Об'єктом страхування за цими договорами є відповідальність усіх чи окремих позичальників (фізичних чи юридичних осіб) перед банком за своєчасне та повне пога­шення кредитів і відсотків за користування кредитами протя­гом строку, встановленого у договорі страхування. Відпові­дальність страховика виникає, якщо страхувальник (банк) не одержав обумовлену кредитним договором суму протягом 20 днів після настання строку платежу, передбаченого кредит­ним договором, або строку, встановленого банком при неви­конанні позичальником умов кредитного договору.

У договорах добровільного страхування відповідальності позичальників за непогашення кредитів страхувальниками виступають уже підприємства та організації різних форм власності. За цими договорами страховик виплачує банкові, який видав кредит, відшкодування в обумовленому догово­ром розмірі (від 50 до 90 відсотків суми непогашеного пози-

**630 *Глава 24***

чальником кредиту, включаючи й відсотки за користування ним). Після виплати банкові страхового відшкодування до страховика переходять у межах виплаченої суми всі права банку-кредитора до підприємства-страхувальника за кредит­ним договором.

Страховими подіями при страхуванні інших страхових ризиків можуть бути: зупинення або скорочення виробництва внаслідок обумовлених договором обставин; банкрутство;

непередбачені витрати; невиконання або неналежне вико­нання договірних зобов'язань контрагентами страхувальни­ка; видача гарантій (порук) тощо.

**§ 5. Деякі види договорів страхування**

Існують такі види договорів особистого страхування: змішаного страхування життя; страхування дітей; до шлюбу (весільне); вихованців дитячих інтернатних закладів; від нещасних випадків; страхування робітників і службовців за рахунок організації та інші.

**Договори змішаного страхування життя** об'єднують кілька зобов'язань страхової організації, що зумовлюються різними страховими подіями, якими є: 1) закінчення строку страхування; 2) травма, одержана внаслідок нещасного випадку, а також випадкове гостре отруєння, випадкові пере­ломи, вивихи тощо; 3) смерть страхувальника. Страхова сума визначається угодою сторін. За умови сплати підвищених страхових платежів страхувальникові може бути виплачена подвоєна чи потроєна страхова сума у момент настання певних страхових подій (травма, опіки тощо). Укласти договір змішаного страхування життя мають право особи віком від 16 до 77 років строком на 3, 5,10, 15 або 20 років за умови, що на момент закінчення договору страхувальникові буде не більше як 80 років. У разі смерті страхувальника страхова сума виплачується особі, на користь якої укладено договір, або спадкоємцям страхувальника.

**Договори страхування дітей, до шлюбу (весільне), вихо­ванців дитячих інтернатних закладів.** Особливість цих дого­ворів особистого страхування полягає в тому, що застрахо-

***631***

Зобов'язання зі страхування

ваними особами тут виступають діти віком до 15 років, а стра­хувальниками — їхні батьки, родичі, опікуни чи інші грома­дяни, а також трудові колективи (щодо вихованців дитячих закладів). Страхові внески за договорами страхування дітей та до шлюбу сплачуються страхувальниками щомісячно чи одноразово, а при страхуванні вихованців інтернатних закладів — тільки одноразово. Причому тарифні ставки з весільного страхування визначаються залежно від віку стра­хувальника, а не застрахованого, що посилює гарантованість одержання страхової суми навіть на випадок смерті страху­вальника під час дії договору. Названі договори передбача­ють нагромадження грошових сум до моменту закінчення строку страхування, тобто досягнення застрахованим певно­го віку або часу одруження. Якщо внаслідок нещасного випад­ку або певного захворювання (поліомієлітом тощо) вихова­нець інтернатного закладу буде визнаний інвалідом, стра­ховик приймає рішення про виплату йому страхової допомоги за інвалідністю.

**Договори страхування від нещасних випадків.** За цими договорами кожен громадянин може застрахувати як себе особисто, так і своїх дітей від нещасних випадків, що призво­дять до травм або смерті застрахованої особи. Страхова сума визначається угодою сторін. Не відносяться до страхових випадків травми чи смерть застрахованого віком від 14 років, якщо вони сталися внаслідок дій, у яких слідчими органами або судом встановлено ознаки навмисного злочину чи у разі управління автомобілем або іншим транспортним засобом у стані алкогольного, наркотичного сп'яніння.

**§ 6. Зобов'язання з обов'язкового страхування**

Обов'язковому страхуванню підлягає майно, зазначене у законі на встановлених ним умовах (ч. 1 ст. 370 ЦК). Обов'язковість страхування полягає в тому, що воно виникає на підставі закону незалежно від волі його учасників. Обов'язкове страхування здійснюється відповідно до законо­давчих актів, у яких встановлюються: види майна, цю підлягає обов'язковому страхуванню; події, з приводу яких прово-

***632 Глава 24***

диться страхування; обсяг (норма) страхового забезпечення;

визначаються права та обов'язки сторін страхових право­відносин; порядок встановлення тарифних ставок страхових платежів; передбачаються санкції за прострочення платежів тощо1.

Юридичним фактом, з яким пов'язане виникнення зобов'я­зання з обов'язкового майнового страхування, є факт наяв­ності у громадянина, організації на правах власності, повного господарського відання чи оперативного управління майна, яке відповідно до законодавства підлягає обов'язковому страхуванню. Таким фактом є прийняття на баланс будівель або споруд, вивезення продукції з поля, її скиртування, опри­буткування за первинними документами тощо. Майно вва­жається застрахованим незалежно від волі страхувальника І від сплати ним страхових платежів. Підставами для виникнен­ня зобов'язання з обов'язкового страхування пасажира є ук­ладення ним договору перевезення та оголошення посадки на відповідний транспортний засіб.

За зобов'язанням з обов'язкового страхування майна страхова організація у разі настання передбаченої законом події (страхового випадку) відшкодовує страхувальникові або іншій особі, якій належить застраховане майно, заподіяну шкоду: за повної загибелі майна — у повній сумі страхового забезпечення, за часткового пошкодження — у розмірі відповідної частини страхового забезпечення. Страхуваль­ник зобов'язаний вносити встановлені страхові платежі (ч. 2 ст. 370 ЦК).

Існують такі види обов'язкового майнового страхування:

а) основних виробничих фондів, що належать державним підприємствам та організаціям; б) державного майна, здано­го в оренду або інший вид користування; в) документів Національного архівного фонду, які мають особливу історико-культурну цінність (унікальних документальних пам'яток);

г) пам'яток Музейного фонду України, які тимчасово виво­зяться за межі України для експонування на виставках або для реставрації; д) майна, прийнятого ломбардом під заставу (заклад), тощо.

1 Див.: *Шиминова М.Я.* Страхование: история, действующее законода-тельство, перспективьі. — М., 1989. — С. 57.

зобов'язання зі страхування 633

Обов'язкове страхування майна, що належить до основних виробничих фондів державних підприємств та організацій, здійснюється на випадок його пошкодження або знищення внаслідок техногенних аварій чи стихійного лиха. Це майно страхується на основі договору зі страховиком, який одержав відповідну ліцензію в Укрстрахнагляді і визначений за пого­дженням зі страхувальником. Об'єкт вважається застрахо­ваним у повному обсязі з моменту укладення договору, але не раніше сплати першого платежу.

Страхування державного майна, зданого в оренду, здій­снюється відповідно до ст. 10 Закону України "Про оренду державного і комунального майна". Зокрема, в обов'язко­вому порядку страхуються будівлі церков, мечетей, костьолів та інших культових споруд, що передаються в оренду релі­гійним організаціям. Страхування здійснюється за рахунок орендарів.

Обов'язкове особисте страхування пасажирів та водіїв від нещасних випадків проводиться на транспорті. Воно сто­сується пасажирів повітряного, залізничного, морського, внутрішнього водного, автомобільного та електротранспорту під час поїздки (польоту) або перебування на вокзалі, в порту, на станції, пристані, а також водіїв, машиністів, провідників поїздів, членів команди літаків і суден, працівників бригад медичної допомоги — на час керування транспортним засо­бом. Страхування *не поширюється на пасажирів* повітряного і внутрішнього водного транспорту на прогулянкових та екскурсійних лініях, внутрішнього водного транспорту, внутрішньоміського сполучення і переправ, автомобільного та електротранспорту на міських маршрутах. Пасажири вважа­ються застрахованими з моменту оголошення посадки в повітряне, морське або річкове судно, в поїзд, автобус або інший транспортний засіб до моменту завершення поїздки.

Страхувальниками у цих зобов'язаннях є юридичні особи або громадяни — суб'єкти підприємницької діяльності, які володіють транспортними засобами чи експлуатують їх та уклали із страховиком договори страхування, а пасажири і водії є застрахованими особами. Проте страхування пасажи­рів здійснюється за їх рахунок, бо у вартість квитка входить страховий збір. Страховими випадками у цьому виді страху­вання є: а) загибель або смерть застрахованого; б) травма застрахованого при встановленні йому інвалідності; в) тимча-

634 Глава 24

сова втрата працездатності внаслідок нещасного випадку на транспорті.

Законом України "Про страхування" та підзаконними нор­мативними актами передбачаються випадки обов'язкового особистого страхування певних категорій осіб (насамперед, працівників державних установ), умови праці яких пов'язані з підвищеним ризиком для їх життя і здоров'я. Це стосується військовослужбовців і військовозобов'язаних, які призвані на збори; медичних і фармацевтичних працівників; службових осіб державних податкових адміністрацій; суддів; працівників прокуратури тощо. Так, наприклад, державному обов'язко­вому особистому страхуванню підлягають працівники митних органів, які займають посади, що підлягають атестації (застраховані). Національна страхова компанія "Оранта" (страховик) виплачує страхові суми у разі: а) загибелі або смерті застрахованого, що сталася при виконанні або у зв'язку з виконанням ним службових обов'язків, його спад­коємцям у розмірі, визначеному шляхом ділення десятиріч­ного грошового утримання застрахованого за останньою посадою на мінімальну заробітну плату на день страхової події і множення одержаного результату на мінімальну заро­бітну плату на день подачі заяви про виплату страхової суми;

б) втрати застрахованим працездатності в результаті пора­нення (контузії, травми або каліцтва), захворювання, що сталися при виконанні або у зв'язку з виконанням службових обов'язків — у розмірі, що залежить від ступеня втрати пра­цездатності, при встановленні інвалідності 1-ї групи — п'яти­річного, 2-ї групи — чотирирічного, 3-ї групи — трирічного грошового утримання за останньою посадою. Виплата зазна­чених сум у зв'язку з настанням страхової події провадиться за вирахуванням раніше виплачених страхових сум за цю саму страхову подію.

Глава 25. Позика

§ 1. Поняття, сторони та предмет договору позики

Позикою називається двостороння угода, укладена з метою надати кому-небудь щось у борг на певних умовах. Словом "позичити" можна позначити і випадок, коли потрібно взяти у борг що-небудь у когось. Схема легального визначення поняття згаданого найпростішого кредитного правочину побудована так, як зазначено в ч. 1 ст. 374 ЦК України: "За договором позики одна сторона (позикодавець) передає другій стороні (позичальникові) у власність (в опе­ративне управління) гроші або речі, визначені родовими ознаками, а позичальник зобов'язується повернути позико­давцеві таку саму суму грошей або рівну кількість речей того ж роду і якості".

Поняття договору позики в українському цивільному праві грунтується на римському реальному контракті mutuum (по­рівняй з відповідним сучасним італійським терміном motuo). Його назва українською мовою є запозиченням із старополь-ської (порівняй з польським терміном роzycka). По-польськи pozycka означає і договір позики, і договір позички. В нашій мові цей термін усталюється з 15 ст. Для позначення даного договору в російській мові вживається термін "заем", який має старослов'янську основу і відомий ще з часів Київської Русі.

Договір позики є реальним, одностороннім, як правило, строковим та безоплатним, предметом якого можуть бути тільки родові чи взаємозамінимі споживні речі. Це під-

636

тверджує легальне визначення поняття договору позики та глава 32 "Позика" ЦК України.

*Реальність* договору позики .виявляється у тому, що він вважається укладеним у момент передачі предмета договору (ч. 2 ст. 374 ЦК), тобто позикодавець не зобов'язується пере­дати, а передає предмет договору. Таким чином, укладення договору і здійснення позикодавцем зазначеного права збі­гаються за місцем та у часі. Позикодавець, здійснивши своє право в момент укладення договору, стає тим самим креди­тором і таким чином отримує право вимоги повернення пред­мета договору від боржника.

Цей договір *односторонній,* бо одна сторона — позикода­вець — має тільки права, а інша — позичальник — тільки обов'язки.

Договір позики може укладатися як на встановлений, так і визначений моментом витребування строк, тобто бути, як правило, *строковим, так* і *безстроковим.*

Оскільки деякі договори позики можуть містити умову, коли це дозволено законом, щодо сплати певних відсотків за переданий позикодавцем предмет договору, то договір у та­кому разі вважатиметься *сплатним.* Частіше договір позики не містить умов щодо оплати і за загальним правилом є *без­оплатним.*

Сторонами чи суб'єктами договору позики є позикода­вець — той, *хто* надає у позику предмет договору, і пози­чальник — той, хто його отримує. Ними можуть бути фізичні і юридичні особи. Договір позики здебільшого укладається між фізичними особами, тоді як юридичні особи між собою та у відносинах з фізичними особами укладають кредитні дого­вори або договори, які називаються інакше, будучи за суттю договорами позики.

Предметом договору позики є взаємозамінні речі, тобто такі, які можна взяти чи надати в позику, позичити, взята чи надати в борг і повернути чи отримати назад взамін інші речі, визначені родовими ознаками. В цілому взаємність тут дво­якого роду — як щодо суб'єктів, що було показано вище, так і щодо об'єкта договору позики. Речі, крім того, мають бути споживними. Їх можна замінити при поверненні речами тако­го самого роду та якості, а отже зрозумілий сенс даного до­говору. Повертаються не ті самі речі, які надавалися в позику, а інші, аналогічні речі. Характерним прикладом предмета до-

Позика 637

говору позики є гроші, а також будь-які матеріали, продукти харчування, паливо тощо.

Замінні речі розуміються не у широкому, а у вузькому зна­ченні. Йдеться про те, що договір позики відрізняється від до­говору міни саме обсягом замінності їх предметів. За догово­ром позики можна обміняти гривні на гривні, хліб на хліб, вино на вино тощо, причому на таку саму суму грошей або рівну кількість речей такого самого роду та якості. Не можна позичити біле вино, а віддати червоне, так само як позичити 100 гривень, а віддати 100 німецьких марок (треба брати до уваги також норми публічного права — валютне законодав­ство України). Ці випадки оформляються договором міни, хоч перший випадок можна врегулювати і в рамках договору позики, оскільки сторони самі визначають рід речі.

За предметом договір позики відрізняється також і від до­говору позички, оскільки предмет останнього — речі неза­мінні (індивідуально-визначені) та неспоживні. Спільним ж є те, що обидва договори оформляють позикові (кредитні) відносини, звідси і подібність у найменуванні договорів (схожа ситуація в німецькій мові — відповідноLeihe I Darlehen інак­ше латиною та російською мовою — відповідно соmmоdаtum та mutuum, ссуда та заем). Отже зрозуміло, чому слово "позичити" має значення надати чи отримати речі яку позику, так і у позичку.

Крім зазначеної відмінності, від договору позички договір позики відрізняється і тим, що предмет договору позики пере­дається у власність, оперативне управління чи, враховуючи Закон України "Про власність", у повне господарське відання, а не в користування як у договорі позички.

**§ 2. Договір позики як кредитна угода**

Для правильного розуміння договору пози­ки насамперед треба порівняти поняття даної угоди з загаль­нішим поняттям угоди кредитної. У римському праві mutuum було різновидом сгеdium, причому дане родо-видове співвідношення і досі зберігається в українському цивільному праві, але, звичайно, в іншому значенні.

638 Глава 25

Що стосується кредитної угоди, то тут має місце звуковий збіг при позначенні двох різних правових понять. Юрист повинен розрізняти кредитні угоди в широкому та вузькому значенні.

Всі двосторонні угоди, які є зобов'язаннями чи відно­синами, побудованими на довірі, можна класифікувати за даною підставою на такі, які за своєю природою завжди є кредитними (насамперед договір позики, а також— позички, поставки, майнового найму, схову тощо), та так», які можуть бути кредитними за певних умов (договори купівлі-продажу, міни, підряду тощо). Останні договори, які виконуються під час їх укладення (ч. 1 ст. 43 ЦК), не містять елемента довіри чи кредиту. Проте даний момент матиме місце в противному разі, коли ці договори виконуватимуться через певний проміжок часу. Спільним для угод першого і другого виду є те, що одна із сторін завжди називається кредитором.

У вузькому значенні кредитні угоди мають розглядатися як рід для договорів позики, кредитних договорів та ін.

Зважаючи на те, що за критерієм предмета правового регулювання цивілістична (приватна) сфера розпадається на дві частини — чисто цивільну та торговельну, можна виділити цивільні та торговельні кредитні відносини. Цивільні кредитні відносини оформляються договором позики, а торговельні — кредитним договором та іншими.

Оскільки торговельні відносини є спеціальними щодо цивільних, то і кредитний та інші договори, якими вони оформ­ляються, слід розглядати як спеціальні порівняно із загальним договором позики. Ці договори мають спільний знаменник, а саме — поняття кредитної угоди, що і дає можливість таким чином визначити співвідношення договорів позики і кредит­ного та інших.

Відрізняються вони/тим, що все, що говоритиметься про договір позики, формально стосуватиметься і кредитного до­говору, але не навпаки. Таким чином, зрозуміло, чому у чинному ЦК України існує окрема глава "Розрахункові та кредитні відносини" після глави "Позика". Іншим випадком може бути конструкція єдиної глави "Позика" чи "Позика. Кредит. Банківський вклад", як це зроблено у проекті ЦК України, що включатиме також і регулювання та аналогічних кредитних договорів.

***Позика 630***

Як ми показали, кредитні угоди тісніше пов'язані за своєю цивільною природою з договором позики, а не з розрахун­ковими відносинами, оскільки останні з ними мають зв'язок на іншій підставі, який дає змогу віднести всі ці правочини до виключно банківських, тобто таких, у яких хоч би одним суб'єктом був банк. Поєднання кредитних угод з розрахун­ковими з точки зору цивільного, а не банківського права, є неналежним, оскільки кредитний договір штучно виривається з царини, де його належне місце, — глави "Позика" і відноситься до сфери, в якій кредитні угоди розуміються не у вузькому, а в широкому значенні.

Без сумніву розрахункові угоди завжди є кредитними у широкому та можуть бути за певних умов кредитними у вузь­кому значенні (наприклад, овердрафт), але все ж згадане поєднання буде логічною помилкою, допущеною законодав­цем в чинному ЦК України, яка не дає змоги правильно тлу­мачити зазначені договори. Розгляд кредитних договорів — як фінансового, так і товарного — у главі "Позика", а розра­хункових угод — в окремій главі ЦК України, був би корект­ним вирішенням поставленої проблеми (зокрема, так запро­поновано у проекті ЦК України).

Зупинимося на випадку, коли б договір позики розглядався як вид кредитного договору. У такому разі позика втратила б значення парадигми для оформлення кредитних угод у вузь­кому значенні, і постало б питання, який договір міг би її замінити. Такого договору не існує ні в історичному аспекті, ні в практичному, ні в чисто цивілістичному. Отже договір позики є елементарною кредитною угодою.

**§ 3. Форма та зміст договору позики**

Договір позики може укладатися як в усній, так і простій чи нотаріальній письмовій формі, причому остан­ня не є обов'язковою. Письмова форма потрібна при укла­денні договору на суму понад п'ятдесят карбованців (ст. 375 ЦК).

За загальним правилом, договір позики може бути офор­млений як складанням одного документа, підписаного сторо­нами, так»шляхом обміну листами, телеграмами, телефоно-

***в40\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_Глава 25***

грамами та ін., підписаними стороною, яка їх надсилає (ч. 2 ст. 154 ЦК). Останній випадок з практичної точки зору матиме значення тоді, коли, наприклад, позичальник у листі просить надати йому в борг певну суму грошей, а позикодавець погоджується і надсилає поштовим переказом кошти позичальникові, який перебуває в іншому, ніж позикодавець, місці.

Видача боргового документа і його перебування у креди­тора не є письмовим оформленням договору позики, оскільки це одностороння угода боржника, що має бути письмовою за формою. Неписьмові документи хоч і не забороняються чинним законодавством як боргові документи (частини 2 та З ст. 216 ЦК), але практично не використовуються. Такі доку­менти (наприклад, відео- чи кінодокументи, фотографії тощо), будучи складнішими щодо письмово складених боргових документів, мають меншу доказову силу. Практично, якщо такі документи існують, то вони є не борговими документами у юридичному розумінні цього слова, а документами, які просто підтверджують передачу речей чи її відсутність, і є звичайними судовими доказами, особливо коли показання свідків не допускаються.

Отже, письмовий борговий документ підтверджує укладен­ня договору позики і є надійнішим доказом цього юридичного факту, ніж сам договір тоді, коли цей документ перебуває у позикодавця. Якщо він перебуває у позичальника, підтверд­жується неукладення чи припинення договору позики. Надій­ність цього інструменту підтверджує саме життя, оскільки в багатьох випадках договір позики не укладають у письмовій формі, хоч це набагато спростило б для позичальника запе­речення договору позики за безгрошевістю, а для позикодав­ця доведення факту передачі речей тоді, коли сторони спеціальною нормою (ст. 376, а також ст. 46 ЦК) позбавлені права посилатися для підтвердження угоди на показання свідків.

Борговими документами за договором позики можуть бути розписки, квитанції та будь-які інші письмові документи, що підтверджують дві обставини: по-перше, отримання боржни­ком речей —їх кількість, рід та якість, по-друге, волевиявлен­ня боржника у певний строк — точно визначений чи визна­чений моментом витребування — повернути речі. Обов'яз-

Позика 641

ковим реквізитом боргового документа має бути власноруч­ний підпис боржника чи його уповноваженого представника, а факультативними — дата, місце видачі, свідки тощо.

Борговий документ можна вважати, як виняток, письмо­вою формою договору позики лише тоді, коли на ньому є відповідний напис кредитора або коли кредитор надасть боржникові контррозписку про отримання розписки остан­нього, тобто тоді, коли кредитор на розписку боржника, яку можна розглядати як оферту, дасть письмову відповідь, яку треба розглядати як акцепт. Повернення розписок відбу­вається у загальному порядку (частини 2 та 3 ст. 216 ЦК).

Укладення договору не у письмовій у потрібних випадках формі веде не до недійсності договору позики, а лише утруд­нює його заперечення за безгрошевістю, оскільки показання свідків не допускаються (ч. 2 ст. 376 ЦК).

Що стосується інтерпретації слів "п'ятдесят карбованців" у ст. 375 ЦК України, то слід взяти до уваги те, що оскільки по-перше, не існує загального нормативного акта, яким би індек­сувалися суми, зазначені в ЦК України, і не вносилися будь-які зміни до ст. 375, по-друге, еквівалент у чинній національ­ній валюті гривні, зазначеній у статті сумі, менший за одну копійку, то сьогодні будь-який договір позики на суму, більшу за найменшу існуючу в обігу грошову одиницю — одну копійку, має укладатися в письмовій формі.

Інакше дану проблему можна вирішити за аналогією до за­кону, відповідно до якого при індексації вкладів в установах Ощадного банку України береться до уваги певна пропорція. Саме її і можна використати щодо договору позики.

Договір позики в Україні є, як правило, безоплатним. Від­сотки заборонені в цілому ст. 170 ЦК України. З даного прави­ла є винятки, наприклад, коли за простроченим грошовим зобов'язанням боржник повинен сплатити за час простро­чення три відсотки річних з простроченої суми, якщо законом чи договором не встановлений інший розмір відсотків (ч. 1 ст. 214 ЦК), при укладенні договору позики між кредитною спілкою та її членами тощо. Інакше в проекті ЦК України — позикодавець матиме право на одержання від позичальника відсотків на суму позики в розмірах і порядку, передбачених договором.

21 О. Дзера

**642 *Глава 25***

Взагалі проблема відсотків та, зокрема, лихви в історії права пов'язана з роллю у нашому суспільстві християнської церкви, яка негативно ставилася до надання грошей на ріст, тим більше до лихварства. Лихварство відповідно до давніх українських законів відрізняється від встановлення відсотків за надання позики тим, що лихва — це ті самі відсотки, але нараховані понад встановлений законом максимальний відсоток чи більше загальноприйнятого росту. Не дивно, що для реанімації договору позики у вітчизняній правовій системі відсотки за цим договором мають допускатися. Ніякої супе­речності з відомим банківським законодавством не існує хоч би через те, що одна і та ж діяльність може бути професійною і такою, на яку має право окремий громадянин, що не є ко­мерсантом.

Строк договору позики законом не встановлений. Це значить, що, якщо зі змісту договору не випливає обов'язок у зазначений строк повернути речі, то ним буде відповідно до ч. 2 ст. 165 ЦК України максимальний семиденний строк з дня пред'явлення вимоги про повернення боргу. Для договору позики такий строк є замалим, тому в проекті ЦК України для позитивного реагування на зазначену вимогу передба­чається строк у тридцять днів.

Змістом договору позики, як одностороннього договору, є право кредитора вимагати від боржника повернути позику, тобто аналогічного предмета договору, взятого в борг, та обов'язок останнього виконати цю вимогу. Кредитор-позико­давець має тільки права, а боржник-позичальник — тільки обов'язки. Виняток передбачений ч. 1 ст. 376 ЦК України, але в ній йдеться не про нормально укладений договір позики, а про спір не стільки про безгрошевість договору, скільки про його існування взагалі.

Позичальник повинен повернути борг у встановленому за­коном та договором порядку, тобто у відповідний час, у по­трібному місці та належному суб'єктові, оскільки в против­ному разі матиме місце прострочення боржника (статті 213 і 214 ЦК). Позикодавець не може відмовитися прийняти на­лежне виконання позичальником свого зобов'язання без того, щоб не мати відповідних негативних наслідків (ст. 215 ЦК).

***Позика***

***643***

**§ 4. Укладення та виконання договору позики**

Як уже відомо, договір позики вважається укладеним у момент передачі грошей або родових речей. Це призводить в українському праві до виявлення давньої проб­леми, якщо взяти до уваги те, що договір позики на суму "понад п'ятдесят карбованців" має бути укладений у письмо­вій формі. Ми маємо вирішити, як співвідносяться письмова форма договору і реальний момент укладення зазначеного договору.

Існує три можливі фактичні випадки: а) договір позики укладений пізніше його письмового оформлення, тобто пред­мет договору переданий пізніше складання і підписання одно­го документа чи іншим, установленим законом способом (ч. 2 ст. 44 та ч. 2 ст. 154 ЦК); б) моменти укладення договору і підписання угоди настають один за одним, при цьому черго­вість слідування укладення договору і письмового його офор­млення вільний — передача речей може передувати підпи­санню угоди або навпаки. З юридичної точки зору можна говорити про окремі випадки, коли укладення договору позики та його письмове оформлення збігаються у часі (одно­часні); в) момент укладення передує письмовій формі, тобто речі передані раніше підписання договору. У всіх зазначених казусах рactum de mutuo contrahendo (договір про майбутнє укладення позики)1, як правило, не має місця.

Тут йдеться власне про договір позики, про що свідчить аналіз ст. 153 ЦК України. Оскільки істотною умовою для до­говору позики є передача предмета договору (ч. 2 ст. 374 ЦК), то, враховуючи відсутність умови, необхідної для договорів даного виду (ч. 2 ст. 153), ми робимо висновок, що договору позики не існує до моменту, коли з даної умови — передача предмета договору — буде досягнуто згоди. Згода тут можлива тільки у формі, по суті, конклюдентної дії, що передує письмовому оформленню або відбувається після нього.

' Див.: *Мейер Д.И.* Русское гражданское право: Ч. 2. По исправпенно-му 9-му изд. 1907. — М,, 1997. — С. 246.

21\*

644 Глава 25

Зупинимося на останній тезі детальніше. На наш погляд, ця дія, будучи саме конклюдентною, якщо розглядати перший казус, робить непотрібним додаткове письмове оформлення договору позики, оскільки конклюдентні дії ведуть до укладен­ня договору самі по собі. В даному випадку їх правова природа така, що вони разом з попереднім підписанням до­говору позики, як його істотна умова, вказують тільки на мо­мент укладення та нічого не говорять про форму. Інакше, якщо вважати попередній письмовий договір позики власне договором з істотною умовою на майбутнє — відкладальним строком, то, оскільки конклюдентні дії це завжди самостійна підстава для укладення угод поряд з усними та письмовими правочинами, вони надають або віднімають щось нове у останніх. Це нове з чисто юридичної точки зору у договорі позики є досягненням згоди за всіма істотними умовами.

Практичний висновок із зазначеного вище такий: оскільки неустойка є додатковою угодою, то навіть у тому випадку, коли сторони підпишуть окрему письмову угоду про неустойку для забезпечення позики (ст. 180 ЦК), вона не матиме юри­дичного значення до моменту передачі речі, бо основний договір не вступив у силу. Звичайно не матиме юридичної сили і така неустойка, яка встановлюється за відмову позико­давця від передачі речі. Єдиним виходом з такої ситуації є укладення попередньої угоди про укладення договору пози­ки, оскільки сторони прямо виявили таке бажання у письмовій формі, що допускається чинним законодавством (п. 1 ч. 2 ст. 4 ЦК). У такому разі, включивши, наприклад, наведену вище неустойку до остан­ньої угоди, ми, по-перше, дотримаємося письмової форми угоди про неустойку; по-друге, ця неустойка буде додатковою не до договору позики, а до pactum de mutuo conrahendo; по-третє, остання угода, включаючи угоду про неустойку, є консенсуальною, тобто вступає в силу з моменту її підписання. сторонами.

Другий казус слідування моменту укладення договору позики і його підписання, що найчастіше трапляється в "живо­му праві", можна називати збіжним, при цьому позичальник часто видає кредитору-позикодавцеві борговий документ. Отже збіг потрібен не тільки для того, щоб у сторін залишився для підтвердження укладення договору позики письмовий

Позика 645

текст цього договору та щоб одночасно позичальник отримав відповідні речі, а й для того, щоб позикодавець взамін речей одночасно отримав борговий документ. Зрозуміло, що коли одна сторона договору— позикодавець чи позичальник— не виконає певну дію тоді, коли контрагент свою вже здійснив і існує домовленість про їх одночасність (наприклад, позикода­вець підпише договір і отримає борговий документ, а речі не передасть, чи позичальник отримає речі, а договір не підпише і боргового документа не видасть), то інакше як віроломством чи точніше карними діями (ч. 2 ст. 376 ЦК) це інтерпретувати не можна, адже не існує жодного факту, який би настав між підписанням і передачею речі чи видачею боргового доку­мента, який би став підставою для виникнення спору і пози­тивно враховувався правом. Згадані інтереси не можуть захищатися законом, нічого не дасть і посилання на право утримання речей боржника до виконання ним якогось іншого зобов'язання, оскільки, по-перше, право утримання як інсти­тут відсутнє у сучасному українському цивільному праві, по-друге, утримання завжди можливе, якщо майно боржника вже на законних підставах перебуває у володінні кредитора. Держава не може допускати і захищати факти описаного вище свавілля.

Третій казус, коли речі передано раніше підписання дого­вору, найлегший для юридичної кваліфікації, оскільки недо­держання письмової форми, яка для договору позики є обов'язковою у певних випадках (ст. 375 ЦК), не веде до його недійсності, а лише спричинює певні правові наслідки. Ці наслідки, зважаючи на те, що нотаріальна форма для догово­ру позики необов'язкова, передбачені статтями 46 і 376 ЦК України.

Договір позики виконується без будь-яких особливостей. Якщо інше не передбачено договором позики, виконання до­говору може бути покладено на третю особу, причому позикодавець має прийняти виконання, запропоноване за боржника (ст. 164 ЦК); допускається дострокове виконання позичальником свого зобов'язання; місцем виконання дого­вору грошової позики вважатиметься місце проживання по­зикодавця в момент виникнення зобов'язання, а якщо остан­ній у момент виконання змінив місце проживання і повідомив про це позичальника, то нове місце проживання кредитора з

646 Глава 25

віднесенням за його рахунок усіх витрат, пов'язаних зі зміною місця виконання (п. 2 ч. 2 ст. 167 ЦК). За негрошовими пози­ками місцем виконання в зазначеному випадку є місце проживання позичальника (п. З ч. 2 ст.167 ЦК). З цього випли­ває практичний висновок: щоб позичальник завжди повертав борг у місці проживання кредитора, це слід передбачити у до­говорі позики.

Позичальник забезпечує виконання договору позики неус­тойкою (штрафом, пенею), заставою чи поручительством. Позикодавець не має обов'язків у договорі позики, отже він не повинен нічого забезпечувати. Договір позики не забез­печується завдатком. Укладення договору позики підтверд­жуватиметься передачею предмета договору, а не видачею завдатку. Те, що завдаток, який є грошовою сумою, не засто­совується у негрошовій позиці, само собою зрозуміло. Забез­печення завдатком виконання договору грошової позики не­практично, бо звичайно забезпечити позичальник може цей договір тільки із предмета договору позики, що призведе до втрати останнім певної частини вигоди від позики, забезпе­ченої таким способом.

Що стосується окремих видів договору позики (банків­ського вкладу, ломбардних позичок та ін.), то вони, як види договору позики, мають свої особливості.

Глава 26. Правове регулювання

кредитно-розрахункових

відносин

**§ 1. Поняття та види кредиту**

В юридичній літературі під кредитними пра­вовідносинами розуміють усі кредитні відносини, що виникають при наданні (передачі, використанні та повернен­ні) коштів або інших речей, визначених родовими ознаками, на умовах повернення.

Закон України "Про оподаткування прибутку підприємств" (у редакції від 22 травня 1997 р.) дає загальне визначення по­няття *кредиту.* За згаданим законом, це кошти та матеріальні цінності, що їх надають резиденти або нерезиденти у користу­вання юридичним або фізичним особам на визначений строк та під відсоток. Кредит поділяється на фінансовий, товарний та кредит під цінні папери, що засвідчують відносини позики.

Повніше визначення міститься в Положенні про кредиту­вання, затвердженому постановою Правління Національного банку України від 28 вересня 1995 р. № 2461. Цим актом *кредит* визначається як позичковий капітал банку у грошовій формі, що передається у тимчасове користування на умовах забезпеченості повернення, строковості, платності та цільо­вого характеру використання.

' Пвсредник. — 1995. — 18 октября.

648 Глава 26

*Кредитна операція —* це договір щодо надання кредиту, який супроводжується записами за банківськими рахунками, з відповідним відображенням у балансах кредитора та позичальника.

Суб'єкти господарської діяльності використовують такі форми кредиту: банківський, комерційний, лізинговий, іпотеч­ний, бланковий та консорціумний.

*Банківський кредит* надається суб'єктам кредитування всіх форм власності у тимчасове користування на умовах, перед­бачених кредитним договором.

Кредити, що їх надають банки, поділяються:

за строками користування на:

а) *короткострокові —* до одного року; можуть надаватися банками у разі тимчасових фінансових труднощів, що вини­кають у зв'язку з витратами виробництва та обігу, не забез­печеними надходженням коштів у відповідному періоді;

б) *середньострокові—*до трьох років; можуть надаватися на оплату обладнання, поточні витрати, на фінансування ка­пітальних вкладень;

*^довгострокові—* понад три роки; можуть надаватися для формування основних фондів. Об'єктами кредитування є ка­пітальні витрати на реконструкцію, модернізацію та розши­рення вже діючих основних фондів, на нове будівництво, приватизацію та ін.;

за забезпеченням на:

а) забезпечені *заставою* (майном, майновими правами, цінними паперами);

б) *гарантовані* (банками, фінансами чи майном третьої особи);

в) з *іншим забезпеченням* (поручительство, свідоцтво страхової організації");

г) *незабезпечені* (бланкові);

за ступенем ризику на:

а)*стандартні* кредити;

б) кредити з *пдвищеним ризиком;*

за методами надання на:

а) кредити, що їх надають у *разовому порядку;*

б) кредити, що їх надають *вдповідно до кредитної лінії.* Під кредитною лінією розуміється згода банку-кредитора надати кредит у майбутньому в розмірах, які не перевищують зазда-

Правове регулювання кредитно-розрахункових відносин 649

легідь обумовлені розміри за певний відрізок часу без прове­дення додаткових спеціальних переговорів;

в) *гарантійні* (із заздалегідь обумовленою датою надання, за потребою, із стягненням комісії за зобов'язанням);

за строками погашення на:

а) кредити, що погашаються *водночас;*

б) кредити, що погашаються у *розстрочку;*

в) кредити, що погашаються *достроково* (на вимогу креди­тора або за заявою позичальника);

г) кредити, що погашаються з *регресією платежів;*

д) кредити, що погашаються *після обумовленого періоду* (місяця, кварталу і т.д.).

*Комерційний* кредит є товарною формою кредиту, яка визначає відносини з питань перерозподілу матеріальних фондів і характеризує кредитну угоду між двома суб'єктами господарської діяльності. Учасники кредитних відносин при комерційному кредиті регулюють свої стосунки і можуть використовувати платіжні засоби у вигляді векселів.

Погашення комерційного кредиту здійснюється шляхом:

— оплати боржником за векселем;

— передачі векселя відповідно до чинного законодавства іншій юридичній особі (крім банків та інших кредитних

установ);

— переоформлення комерційного кредиту на банківський.

*Лізинговий* кредит— це відносини між юридичними особа­ми, які виникають у разі оренди майна і супроводжуються ук­ладенням лізингової угоди.

*Іпотечний* кредит — це особливий вид відносин з приводу надання кредитів під заставу нерухомого майна.

*Консорціумний* кредит— це форма кредиту, що його надає банківський консорціумом шляхом:

а) акумулювання кредитних ресурсів у визначеному банку з подальшим наданням кредиту позичальникам;

б) гарантування загальної суми кредиту провідним банком або групою банків;

в) зміни гарантованих банками-учасниками квот кредит­них ресурсів за рахунок залучення інших банків для участі в консорціумній операції.

Головними ланками кредитної системи є банки та кредитні установи, які, маючи ліцензію НБУ, водночас виступають у ролі продавців і покупців наявних вільних коштів.

**650 *Глава 26***

Згідно з ч. 5 ст. З Закону України "Про банки і банківську діяльність" залучення і розміщення кредитів, крім банків, іншими юридичними особами забороняється, за винятком випадків, визначених законодавчими актами України. Слід мати на увазі, що відповідно до ст.8 зазначеного закону до операцій НБУ віднесено надання кредитів лише комерційним банкам, а вже останні здійснюють безпосереднє кредитуван­ня підприємств та організацій (ст.25).

Комерційні банки здійснюють кредитні операції в межах кредитних ресурсів, які утворюють у процесі своєї діяльності. В разі потреби вони можуть на договірних засадах позичати ресурси один в одного або брати позички в НБУ (міжбанків-ські кредити), залучати і розміщувати кошти у формі депозитів та вкладів. Варто, однак, мати на увазі, що загальний розмір отримання комерційними банками міжбанківських кредитів обмежується двократним розміром власних коштів банку.

Банки кредитують підприємства та організації на дого­вірних умовах шляхом укладення *кредитних договорів.* Відпо­відно до Положення про кредитування ці договори укладають­ся в письмовій формі як шляхом складання одного документа, підписаного кредитором та позичальником, так і шляхом обміну листами, телеграмами, телефонограмами.

Суб'єкти підприємницької діяльності — резиденти України згідно із ст.4 Закону України "Про зовнішньоекономічну діяль­ність" мають право на одержання кредитів від іноземних суб'єктів господарської діяльності. Кредити в іноземній валюті юридичні особи — резиденти України можуть отримувати лише для цільового фінансування конкретного проекту в межах передбаченої їхніми установчими документами діяль­ності і тільки у безготівковій формі. Одержання і погашення кредитних ресурсів має здійснюватися через систему корес­пондентських рахунків, відкритих уповноваженими банками або Національним банком України в іноземних банках.

Позичальники погашають одержані кредити в іноземній ва­люті за рахунок валютних надходжень від усіх видів зов­нішньоекономічної діяльності. Для погашення кредитів може бути використана іноземна валюта, придбана на Українській міжбанківській валютній біржі чи на міжбанківському валют­ному ринку України.

Відповідно до п.4 ст.5 Декрету Кабінету Міністрів України "Про систему валютного регулювання і валютного контролю"

Правове регулювання кредитно-розрахункових відносин 651

від 19 лютого 1993 р. № 15-93 одержання резидентами креди­тів в іноземній валюті, якщо термін і суми таких кредитів пере­вищують встановлені законодавством межі, потребує індиві­дуальної ліцензії НБУ. Згідно із встановленим порядком упов­новажений банк, що має ліцензію на право здійснення опе­рацій з валютними цінностями, може залучати кредитні ресурси від іноземних банків-кореспондентів без ліцензії НБУ терміном до одного року. Інші резиденти-позичальники повинні отримати ліцензію у порядку, встановленому Поло­женням про порядок надання резидентам України індивіду­альних ліцензій на отримання кредитів в Іноземній валюті від іноземних кредиторів, затвердженим постановою Правління НБУ від 28 вересня 1995 р.

Для отримання індивідуальної ліцензії резидент-позичаль­ник (крім уповноваженого банку) повинен подати до НБУ:

клопотання позикодавця;

лист уповноваженого банку зі згодою на обслуговування кредиту та експертною оцінкою банку окупності проекту;

кредитну угоду.

Якщо резидент-позичальник є державним підприємством, йому необхідно додатково подати клопотання відповідного державного органу про отримання кредиту, а якщо кредитною угодою передбачена застава майна — письмову згоду орга­ну, уповноваженого управляти цим майном, на передачу його в заставу.

Уповноваженому банку для отримання індивідуальної лі­цензії на залучення кредитних ресурсів від іноземних банків-кореспондентів терміном понад один рік необхідно подати до НБУ клопотання та кредитну угоду з нерезидентом із зазна­ченням графіка погашення заборгованості по кредиту.

Індивідуальна ліцензія видається резиденту-позичальнику для реалізації лише одного кредитного проекту. Вона дійсна на весь час користування кредитом, якщо протягом 60 днів з дня її видачі позичальник отримав кредит повністю або частково.

Одержання резидентом-позичальником кредиту в інозем­ній валюті від іноземного кредитора без індивідуальної ліцен­зії НБУ тягне за собою застосування передбаченого ст.16 Декрету Кабінету Міністрів України "Про систему валютного регулювання і валютного контролю" штрафу у сумі, еквівален-

652 Глава 26

тній сумі одержаного кредиту, перерахованій у валюту України за курсом НБУ на день проведення операції.

Контроль за погашенням кредиту, отриманого резидентом України в іноземній валюті від іноземного інвестора, покла­дається на уповноважений банк.

§ 2. Кредитні зобов'язання

**Поняття кредитних зобов'язань.** У рин­ковій економіці товарно-грошові відносини зумовлюють існу­вання таких зобов'язань, які пов'язані з наданням на умовах повернення грошей або майна, визначеного родовими озна­ками. Це дає можливість поповнити оборотні кошти учасників товарно-грошових відносин.

Такі зобов'язання, що виникають у зв'язку з наданням коштів або інших речей, визначених родовими ознаками, на умовах повернення, в літературі називають кредитними зобов'язаннями.

В юридичній літературі тривалий час точиться дискусія про роль кредитних зобов'язань у цивільних правовідносинах. Одні автори вважають, що кредитні зобов'язання виконують допоміжну функцію, яка пов'язана з обслуговуванням основ­ного зобов'язання з передачі майна, виконання робіт, надан­ня послуг1, інші — що кредитні зобов'язання є автономними і виділяють їх у конкретні види договірних правовідносин2.

Слід зазначити, що зобов'язання з кредитування вини­кають не тільки тоді, коли має місце надання грошей або майна на умовах повернення, а й тоді, коли сторона основ­ного зобов'язання (купівля-продаж, підряд і т.д.) надала іншій стороні відстрочку виконання зобов'язання (сплатити гроші, передати майно, виконати роботи, надати послуги).

' Див.: Новицкий И.Б., Лунц Л.А. Общее учение об обязательствах. — М., 1950. — С. 133; Гражданское право / Под рад. Е.А. Суханова. — М., 1993. — Т. 2. — С. 322.

Див.: Иоффе О.С. Советское Гражданское право. Отдельные видьі обязательств. — Л., 1961. — С. 350; Гуревич И.С. Очерки советского банковского права. — Л., 1959. — С. 40—55; Куник Я.А. Кредитные и расчетные отношения в торговле. — М., 1970. — С. 117; Флейшиц Е.А. Расчетные и кредитные правоотношения. — М., 1956. — С. 213—218.

Правове регулювання кредитно-розрахункових відносин 653

У зв'язку з цим у юридичній літературі визначаються дві основні форми кредиту— грошовий і комерційний1. Грошовий кредит — це відносини по передачі грошей або замінимих речей у власність боржника із зобов'язанням останнього повернути еквівалентну кількість грошей або речей. Комер­ційний кредит — це відстрочка виконання зобов'язання за основним договором (купівля-продаж, підряд, надання юридичних послуг).

У чинному законодавстві України є поняття товарного, комерційного та фінансового кредиту (п. 1.14 Закону України "Про оподаткування прибутку підприємств").

*Товарний* кредит — будь-яка господарська операція суб'єкта підприємницької діяльності, що передбачає реаліза­цію продукції (робіт, послуг), передачу права власності іншому суб'єктові підприємницької діяльності або громадянину на умовах відстрочення платежу, якщо таке відстрочення більше за звичайні строки банківських розрахунків або перевищує ЗО календарних днів з дати реалізації.

*Комерційний* кредит — будь-яка господарська операція суб'єкта підприємницької діяльності, що передбачає авансу­вання (попередню оплату) продукції (робіт, послуг) іншого суб'єкта підприємницької діяльності з відстроченням дати реалізації (набуття права власності), якщо таке відстрочення більше за звичайні строки поставки або перевищує ЗО кален­дарних днів здати здійснення авансового платежу. Не вважа­ються комерційним кредитом форвардні і ф'ючерсні операції з продукцією сезонного виробництва або цінними паперами і валютними цінностями, а також операції з товарними і валют­ними опціонами, що передбачають перехід права власності на таку продукцію (цінні папери і валютні цінності) в момент здійснення розрахунків за форвардним, ф'ючерсним або опціонним договорами.

*Фінансовий* кредит — будь-яка господарська операція суб'єкта підприємницької діяльності, що передбачає надання коштів у позичку на певний строк та під визначені відсотки з поверненням основної суми заборгованості та нарахованих відсотків у грошовій формі або інших формах забезпечення

' Див.: Гражданское право / Под ред. А.П. Сергеева, Ю.К. Толстого. — М., 1997. — Т. 2. — С. 421—422; Гражданское право / Под. ред. Е.А. Су­ханова. — С. 322—323.

**654 *Глава 26***

заборгованості, включаючи матеріальні цінності та немате­ріальні активи, надані в заставу.

Слід зазначити, що відповідно до ст.З Закону України "Про банки і банківську діяльність", операції по залученню і роз­міщенню грошових вкладів і кредитів можуть проводити тільки банки.

Питання про те, цю тільки банки можуть надавати грошові кредити, сьогодні є спірним у літературі (Д.Д. Лілак) і одно­значно не вирішеним у законодавстві.

Право власника кредитувати інших за рахунок власного майна або майна, що перебуває у нього в повному госпо­дарському віданні (оперативному управлінні) випливає з його повноважень власника, які викладені у статтях 2, 4,19, ЗО та 37—39 Закону України "Про власність". До майна юридичних осіб належать основні фонди та оборотні кошти в національній та іноземних валютах. Це, зокрема, випливає із законів України "Про власність" (статті 1, 22—29, 34, 35 та 39), "Про підприємства в Україні" (ст. 10), "Про господарські товарист­ва" (ст. 12) та "Про товарну біржу" (ст. 13).

Отже, аналіз названих законодавчих актів свідчить, що надавати грошові кредити в Україні, крім банків, можуть під­приємства та інші юридичні особи незалежно від органі­заційно-правової форми їхньої діяльності та форми власності на їхнє майно.

/Визначаючи кредитні відносини банків та інших суб'єктів, слід зазначити, що останні мають право кредитувати тільки за рахунок власних коштів, а банки мають виключне право на­давати грошові кредити за рахунок як власних, так і залу­чених коштів (п.1 ст.З Закону України "Про банки і банківську діяльність"). Такий висновок є результатом тлумачення чин­ного законодавства України.

У правовій літературі були пропозиції віднести грошові кредити, що їх надають суб'єкти підприємницької діяльності за рахунок власних коштів, до комерційних кредитів1.

Підсумок дискусіям щодо форм кредиту підбиває проект ЦК України. Він визначає дві основні форми кредиту — банківський (ст.1115) і комерційний (ст.1118).

Див.: Єфимова *П.Г.* Банковское право. — М., 1994. — С. 176.

Правове регулювання кредитно-розрахункових відносин 655

Відповідно до названих норм проекту ЦК України бан­ківське кредитування здійснюється спеціальним суб'єктом (банком або іншою кредитною організацією).

Банківське кредитування, як форма кредиту, давно визнано в юридичній літературі.

Далі йтиметься про кредитні договори, що опосередкову­ють відносини банків та інших кредитних організацій по на­данню коштів позичальникам кредитів.

**Правова природа кредитного договору.** В юридичній літературі немає єдиної точки зору на правову природу кредитного договору. Одні автори вважають його самостійним договором цивільного права2, інші — різновидом договору позики3.

Основна теоретична проблема, яку розглядали представ­ники названих точок зору, стосувалася реальності та консен-суальності кредитного договору, а також його односторон­ності та двосторонності.

На цю проблему дуже влучно вказала Л.Г.Єфімова4. Різницю точок зору вона пояснює різним підходом до аналізу процедури укладення договору банківського кредиту. Раніше він укладався шляхом подання клієнтом до банку заяви про надання кредиту разом з документами, які обґрунтовували необхідність кредиту. Керуючий установою банку ставив підпис про надання кредиту на самій заяві. Прибічники "реальності" кредитного договору розглядали підпис про на­дання кредиту не як акцепт пропозиції клієнта, а як розпоря­дження внутрішнього характеру, обов'язкового тільки для конкретного працівника банківської установи. Договір вва-

' Див.: *Воронова Л.К., Мартьянов И.В.* Советское финансовое пра­во. — К., 1983. — С. 191—212; Цивільне право / За ред. О.А. Підопригори і Д.В. .Бобрової. — К., 1996. — Ч. 2. — С. 232—235; Гражданское право / Под ред. Е.А. Суханова. — Т. 2. — С. 340.

Див.: *Гуревич И.С.* Очерки советского банковского права. — С. 40— 55; *Компанеец Е.С., Попонский З.Г.* Применение законодательства о кредитований и расчетах. — М., 1967. — С. 69.; Гражданское право / Под ред. А.П. Сергеева, Ю.К. Толстого. — Т. 2. — С. 434—437.

3 Див.: *Агарков М.М.* Основи банковского права. — М., 1929. — С. 58.;

*Вильнянскчй С.И.* Кредитно-расчетные правоотношения и финансовый контроль. — Харьков, 1955. — С. 43; *Флейшиц Е.А.* Расчетные й кре-дитные правоотношения. — С. 213—218.

4 Див.: *Ефимова П.Г.* Банковское право. — С. 182—184.

656 Глава 26

жався укладеним з моменту зарахування грошей на рахунок клієнта і розглядався як реальний.

Прибічники "консенсуальності" договору банківського кредиту розглядали вказаний підпис керуючого банківською установою як акцепт, а отже сам договір — як консенсу-альний і двосторонній. Таким чином, право вимагати надання кредиту виникало у клієнта безпосередньо з моменту підпи­сання керівником банку заяви.

На теоретичне і практичне значення цього питання вказу­вав Е.Г. Полонський: "Визначення договору реальним і одно­стороннім привело б нас до визнання того, що банк не має обов'язку перед госпорганами по наданню кредиту, що авто­матично тягне за собою обмеження прав госпоргану"1.

Найбільш вдалою, на наш погляд, є позиція М.М.Агаркова, яку він виклав, аналізуючи статті 218 і 219 Цивільного кодексу РРФСР 1922р.

"Ст.ст.218 і 219 ЦК регулюють договір про відкриття кре­диту у формі позики у складі "попереднього договору про ук­ладення в майбутньому договору позики" (попередній договір позики).

Попередній договір позики може бути двостороннім або одностороннім. У разі двостороннього попереднього догово­ру позики обидві сторони — майбутній кредитор і майбутній боржник — обопільно зобов'язані: перший — надати позику, другий — прийняти позику. При укладенні одностороннього попереднього договору позики зобов'язання виникає тільки для однієї сторони — майбутнього кредитора або майбут­нього боржника. Договір про відкриття банком кредиту у формі позики (строкової, до запитання, цільової) є одностороннім попереднім договором позики, в якому зобов'язання виникає на стороні майбутнього кредитора (банку)"2.

Така позиція знайшла підтримку в юридичній літературі3.

*Компанеец Е.С., Полонский З.Г.* Применение законодатепьства о кредитований и расчетах. — С. 116.

2 *Агарков М.М.* Основу банковского права. — С. 82.

*Иоффе О.С.* Советское гражданское право. Отдельные виды обяза-тельств. — С. 356—357; Гражданское право / Под ред. А.П. Сергеева, Ю.К. Толстого. — С. 43<і,

***Правове регулювання кредитно-розрахункових відносин 657***

Аналіз статтей 1115 і 1117 проекту ЦК України дає можливість зробити висновок про те, що кредитний договір — різновид договору позики.

В частині 2 ст.1115 проекту ЦК України є пряма вказівка на те, що до відносин за кредитним договором застосовують­ся правила, передбачені для договору позики, якщо інше не передбачено правилами для кредитного договору і не випливає з його суті.

**Поняття, сторони та форма кредитного договору.** За кредитним договором банк або інша кредитна організація (кредитодавець) зобов'язується надати кошти позичальнико­ві у розмірі та на умовах, що передбачені договором, а пози­чальник зобов'язується повернути грошову суму та сплатити за неї відсотки.

В юридичній літературі до останнього часу немає єдиної точки зору щодо моменту, з яким пов'язано виникнення кредитної угоди. Як зазначалось раніше, основна теоретична проблема стосується реальності і консенсуальності кредитно­го договору.

З аналізу нормативних актів, які за нинішніх умов регулю­ють правовідносини з надання банківських кредитів, можна зробити висновок, що кредитний договір є консенсуальним. Це випливає з тлумачення нормативних актів Національного банку України, зокрема Положення про кредитування (поста­нова НБУ від 28 вересня 1995р. № 246), Правил проведення закритих кредитних аукціонів з продажу кредитів Національ­ним банком України (постанова НБУ від 20 травня 1994р. № 97), Положення про порядок здійснення консорціумного кредитування (постанова НБУ від 21 лютого 1996р. № 37) та ін.

Поняття кредитного договору, запропоноване проектом ЦК України (ст.1115), дає можливість визначити кредитний договір, як консенсуальний, з особливістю, передбаченою ст.1117 проекту. Ця особливість полягає в тому, що кредито­давець має право відмовитися від надання позичальникові передбаченого договором кредиту повністю або частково у разі порушення процедури визнання позичальника неплато­спроможним або за наявності інших обставин, які явно свід­чать про те, що надана позичальникові сума не буде повер­нена своєчасно. З іншого боку, позичальник має право відмо­витися від одержання кредиту повністю або частково,

658 Глава 26

повідомивши про це кредитодавця до встановленого догово­ром строку його надання, якщо інше не передбачено законом, іншими правовими актами або договором.

Кредитний договір може бути дво- або *багатостороннім.* Із кредитної угоди виникає обов'язок банку надати кредит І обов'язок позичальника повернути його. З огляду на те, що чинне законодавство України передбачає здійснення консорціумного кредитування, кредитний договір може бути багатостороннім.

Банківські консорціуми оформляються шляхом відповід­ного договору для здійснення кредитування програм із знач­ними обсягами. У консорціумній угоді можуть брати участь не тільки кілька банків, а й кілька позичальників. Кредитні взаємовідносини між консорціумом та позичальником (пози­чальниками) регулюються кредитною угодою, яку підписують усі учасники. Після підписання кредитна консорціумна угода набуває юридичної сили і є обов'язковою для виконання всіма учасниками угоди.

Кредитний договір завжди є *сплатним.* Як правило, пози­чальник сплачує за кредит відсотки. Розмір відсотків та поря­док сплачування їх визначають у договорі сторони залежно від кредитного ризику, наданого забезпечення, попиту і про­позицій, які склалися на кредитному ринку, строку користу­вання кредитом, облікової ставки та інших факторів.

Слід зазначити, що відповідно до ст. 13 Закону України "Про банки і банківську діяльність" регулювання процентних ставок банківських та інших фінансово-кредитних установ України здійснює Національний банк України шляхом вста­новлення відсоткової облікової ставки.

У разі зміни облікової ставки умови договору можуть переглядатися і змінюватися тільки на підставі взаємної згоди кредитора та позичальника.

Таким чином, якщо відсоткова ставка за наданий кредит встановлена договором, банк в односторонньому порядку не має права змінити цю умову договору навіть у разі підви­щення відсоткової ставки НБУ. За таких обставин відповідні зміни до договору мають бути внесені у порядку, встановле­ному ст. 11 Арбітражного процесуального кодексу України. До внесення зміни до договору щодо процентної ставки за

Правове регулювання кредитно-розрахункових відносин 659

кредит сторони і арбітражний суд мають виходити із ставки, передбаченої договором1.

Порядок сплати відсотків за строками (помісячне, поквар­тальне і т.д.) сторони встановлюють у договорі.

*Сторонами* кредитного договору є *кредитодавець* і *пози­чальник.* Відповідно до чинного законодавства України кредитодавцем можуть бути Національний банк України, комерційні банки та фінансово-кредитні установи, що мають ліцензію НБУ на залучення і розміщення грошових вкладів та кредитів, і банківські консорціуми (тимчасові об'єднання бан­ків, які створюються для кредитування шляхом укладення відповідного договору). Згідно з ч. 5 ст. З Закону України "Про банки і банківську діяльність" здійснення операцій, пов'язаних з видачею кредитів, іншим юридичним особам, крім банків, забороняється, за винятком випадків, визначених законо­давчими актами України. Враховуючи, що на цей час законо­давство України не передбачає таких випадків, слід вважати договори кредитування, в яких кредитодавцем виступає не банк (фінансово-кредитна установа), такими, що не відпові­дають вимогам закону. До таких договорів необхідно засто­совувати наслідки, передбачені ст. 48 ЦК України2.

На практиці виникають також проблеми, пов'язані з тим, що кредитні договори з господарюючими суб'єктами уклада­ють структурні одиниці комерційних банків (відділення, філії). Якщо це передбачено відповідними повноваженнями струк­турної одиниці (положення, статут, довіреність), то вона має право укладати кредитні договори від імені банку. Стороною за договором у таких випадках є банк, а не його структурна одиниця. В разі порушення цієї умови договір, укладений структурною одиницею банку від свого імені, визнається недійсним (ст. 48 ЦК).

Якщо структурна одиниця банку не одержала відповідних повноважень і уклала кредитний договір від імені банку, а останній у подальшому схвалив цю угоду, то в такому разі є підстави керуватися ст. 63 ЦК України3.

' Роз'яснення Президії Вищого арбітражного суду України "Про деякі питання практики вирішення спорів, пов'язаних з укладенням та виконан­ням кредитних договорів" від 6 жовтня 1994 р. № 02-5/706.

2 Вказане роз'яснення Президії ВАСУ від 6 жовтня 1994 р. № 02-5/706,

3 Там само.

660 Глава 26

Позичальниками кредиту можуть бути юридичні і фізичні особи, не обмежені законом у правоздатності або дієздат­ності.

Комерційний банк аналізує, вивчає діяльність потенційного позичальника, визначає його кредитоспроможність, прогно­зує ризик неповернення кредиту і приймає рішення про на­дання кредиту або відмову.

Основними критеріями оцінки кредитоспроможності пози­чальника можуть бути:

— забезпеченість власними коштами не менш як 50 від­сотків усіх його видатків;

— репутація позичальника (кваліфікація, здібності керів­ника, додержання ділової етики, договірної та платіжної дисципліни);

— оцінка продукції, що випускається, наявність замовлен­ня на її реалізацію, характер послуг, які надаються (конку-рентноздатність на внутрішньому та зовнішньому ринках, попит на продукцію, послуги, обсяги експорту);

— економічна кон'юнктура (перспективи розвитку пози­чальника, наявність джерел коштів для капіталовкладень) тощо.

Необхідні відомості про позичальника та інформація, отримана банком при оформленні кредиту, систематизують­ся у кредитній справі позичальника.

Крім того, слід мати на увазі, що залежно від виду кредиту позичальником, як стороною кредитного договору, може бути особа, яка має спеціальні властивості. Так, позичальниками іпотечного кредиту можуть бути юридичні та фізичні особи, які мають у власності об'єкти іпотеки або мають поручителів, які надають під заставу об'єкти іпотеки на користь позичальника. Споживчий кредит надається фізичним особам—резидентам на придбання товарів тривалого користування та послуг. Ломбардний кредит надає Національний банк України комер­ційним банкам під забезпечення державних цінних паперів, випущених Міністерством фінансів України, список яких за­тверджується Правлінням НБУ. Як виняток, за рішенням Правління НБУ під забезпечення ломбардного кредиту мо­жуть прийматися й інші цінні папери.

Кредитний договір має особливий предмет, в якості якого завжди виступають кошти (національна або іноземна валю­та). Відповідно до кредитного договору кредитодавець зобо-

Правове регулювання кредитно-розрахункових відносин 661

в'язується надати позичальникові кошти на умовах і в розмірі, що передбачені договором, у власність (повне господарське відання, оперативне управління). Інші речі, визначені ро­довими ознаками, не можуть бути предметом кредитного до­говору.

Саме цим кредитний договіор відрізняється від договору майнового найму, згідно з яким наймач зобов'язаний повер­нути індивідуапьно-визначену річ.

Позичальник за кредитним договором зобов'язаний повернути визначену суму грошей, а не конкретні купюри.

Як правило, кредитодавець надає позичальникові кредит у безготівковій формі, шляхом сплати платіжних документів з позичкового рахунку або шляхом перерахування на розра­хунковий рахунок позичальника. У готівковій формі кредит може надаватися для розрахунків із здавачами сільськогос­подарської продукції, а також фізичним особам—резидентам при наданні споживчого кредиту.

Кредити надаються суб'єктам господарської діяльності у безготівковій формі, шляхом сплати платіжних документів з позичкового рахунку як у національній, так і в іноземній ва­люті у порядку, визначеному чинним законодавством та нор­мативними актами Національного банку України, або шляхом перерахування на розрахунковий рахунок позичальника, якщо інше не передбачено кредитним договором, а також у готівковій формі для розрахунків із здавачами сільськогоспо­дарської продукції.

Погашення кредиту і нарахованих за ним відсотків (комісій) здійснюється позичальником з розрахункового чи поточного (валютного) рахунку. Якщо розрахунковий рахунок позичаль­ника відкритий в іншому банку, погашення боргу за кредитом та сплата відсотків здійснюються платіжними дорученнями позичальника, а за умови визнання боргу позичальником — платіжною вимогою банку у встановленому чинним законо­давством порядку. Якщо позичальник не може сплатити борг, він стягується з гарантів (поручителів) у встановленому чинним законодавством порядку.

Погашення заборгованості за кредитом та відсотків за його користування здійснюється у черговості, яку встановлюють сторони під час укладення угоди про надання кредиту.

***662 Глава 2в***

Залежно від умов надання і використання коштів, порядку повернення заборгованості і т.д. в юридичній літературі визначають різні типи кредитних договорів1.

*Контокоректний кредит* характеризується в літературі як класична форма кредиту2. Він надається позичальникові у різних формах: в готівковій , банківського переказу і т.п.

*Акцептний (рамбурсний) кредит* використовується, як правило, для поповнення оборотних коштів. При акцептному кредиті позичальник оформляє переказний вексель, вказу­ючи платником банк. Банк акцептує вказаний вексель за умови, що позичальник надасть банкові покриття векселя до настання терміну платежу по ньому.

*Авальний (гарантований) кредит* пов'язаний з наданням кредитодавцем гарантій виконання позичальником грошово­го зобов'язання за цивільно-правовою угодою, яка опосеред­ковує купівлю-продаж товару, надання послуг, виконання робіт.

**Форма кредитного договору.** Закони, чинні в Україні, які регулюють кредитний договір, зокрема глава 33 ЦК України і Закон України "Про банки і банківську діяльність", не перед­бачають вимог щодо форми і змісту кредитного договору. Вбачається, що у цьому питанні за нинішніх умов слід виходити з норми п. 15 Положення Національного банку України "Про кредитування" (постанова Правління НБУ від 28 вересня 1995р. №246).

Кредитні взаємовідносини регламентуються на підставі кредитних договорів, що укладаються між кредитором і пози­чальником тільки в письмовій формі, які визначають взаємні зобов'язання та відповідальність сторін і не можуть зміню­ватися в односторонньому порядку без згоди обох сторін.

Кредитний договір може бути укладений як шляхом скла­дання одного документа, підписаного кредитором та пози­чальником, так і шляхом обміну листами, телеграмами, теле­фонограмами, підписаними стороною, яка їх надсилає.

Стаття 1116 проекту ЦК У країни передбачає просту пись­мову форму кредитного договору. Особливість формі

' Див.: Гражданское право / Под ред. Е.А. Суханова. — С. 343—344. 2 Див.: Банковский портфель / Под ред. Ю.И. Коробова й др. — М 1994. — Т. 1. — С. 421—524.

Правове регулювання кредитно-розрахункових відносин 663

кредитного договору полягає в тому, що недодержання письмової форми не має наслідком визнання кредитного до­говору недійсним.

Відповідно до ст.820 ЦК Російської Федерації кредитний договір, з умовою його абсолютної недійсності (нікчемності), має бути укладений у письмовій формі. На нашу думку, в цьому є певні переваги норми ст.1116 проекту ЦК України. Адже обов'язкова письмова форма кредитного договору дає можливість позичальникові уникати повернення кредиту, якщо кошти фактично будуть надані без належного оформ­лення договору.

Як і всі інші угоди, кредитний договір має бути підписаний повноважними особами сторін, які його укладають. У зв'язку з цим необхідно враховувати, що статутні документи юридич­них осіб часто встановлюють обмеження повноважень керів­ників при укладенні кредитних угод на значні суми. В літера­турі з цього приводу були висловлені думки про те, що підпи­сання кредитного договору особою, яка не має відповідних повноважень, не тягне за собою визнання кредитного дого­вору недійсним1.

**Зміст кредитного договору.** Кредитний договір — це угода, з якої водночас випливають обов'язок кредитодавця надати кредит і обов'язок позичальника повернути грошову суму та сплатити відсотки за неї.

Банківський кредит надається суб'єктам кредитування всіх форм власності у тимчасове користування на умовах, перед­бачених кредитним договором.

Істотними умовами кредитного договору є забезпеченість, повернення, строковість, платність та цільова спрямованість (п.9 Положення НБУ).

Принцип забезпеченості кредиту означає наявність у бан­ку права захищати свої інтереси, не допускати збитків від не­повернення боргу через неплатоспроможність позичальника.

Принцип повернення, строковості та платності полягає в тому, що кредит має бути повернутий позичальником банку у визначений у кредитному договорі строк з відповідною спла­тою за його користування.

Див.: Єфимова Л.Г. Банковское право. — С. 186.

**664 *Глава 26***

Цільовий характер використання передбачає вкладення позичкових коштів на конкретні цілі, передбачені кредитним договором.

Цінною з точки зору прав та обов'язків сторін кредитного договору є ст. 1117 проекту ЦК України, яка передбачає можливість односторонньої відмови від надання кредиту кредитодавцем або його одержання позичальником.,

Відповідно до ст. 178 ЦК України виконання зобов'язання щодо повернення кредиту і сплати відсоткової ставки може бути забезпечене поручительством або гарантією.

Вирішуючи спори, пов'язані з відповідальністю поручителя або гаранта перед банком, що надав кредит позичальникові, слід мати на увазі таке.

Підставою для покладання відповідальності за невиконан­ня позичальником зобов'язання за кредитним договором є договір, що укладений між банком (кредитором) та пору­чителем (гарантом) у письмовій формі. Відповідно до ст. 191 ЦК У країни, яка поширюється і на гарант (ст. 196 ЦК), недо­держання письмової форми тягне за собою недійсність дого­вору поруки (гарантії). Письмова форма цього договору має відповідати вимогам, викладеним у ч. 2 ст. 154 ЦК України.

Так, одним з доказів укладення договору гаранти є письмо­ве повідомлення банку (лист, телеграма, телетайпограма, те­лефонограма тощо) гарантові про те, що банк приймає від останнього гарантійний лист. Також можна вважати встанов­леними договірні відносини між банком і гарантом, якщо в до­говорі банку з позичальником є посилання на надісланий бан­кові гарантійний лист і банк проти цього не заперечив. Якщо в кредитному договорі такого посилання на гарантійний лист немає, слід вважати, що договірні відносини банку і гаранта не встановлено.

Відповідно до ст. 192 ЦК України у разі невиконання зобов'язання боржник і поручитель відповідають перед бан­ком як солідарні боржники, якщо інше не встановлено дого­вором поруки. Отже, якщо іншого не встановлено договором поруки, позичальник кредиту **та** поручитель несуть перед банком відповідальність за правилами, встановленими стат­тями 174 та 175 ЦК України.

Правове регулювання кредитно-розрахункових відносин 665

Що стосується гарантії, то чинне законодавство не перед­бачає солідарної відповідальності боржника і гаранта. Відповідно до ст. 191 ЦК України гарант зобов'язується перед банком, що надав кредит іншій особі, відповідати за виконан­ня нею свого зобов'язання за кредитним договором.

Отже гарант несе субсидіарну відповідальність, і тому банк має право у претензійно-позовному порядку вимагати від га­ранта сплати основної заборгованості позичальника та сум процентної ставки за наданий кредит тільки у разі відсутності у боржника коштів, необхідних для належного виконання зобов'язання.

Згідно зі ст. 194 ЦК України порука або гарантія припиня­ється з припиненням забезпеченого ними зобов'язання, зок­рема виконання зобов'язання позичальником (ст. 216 ЦК).

Порука або гарантія також припиняється, якщо банк про­тягом трьох місяців з дня настання строку зобов'язання позичальником кредиту не пред'явить позову до поручителя або гаранта. Цей строк не може бути змінений угодою сторін або відновлений арбітражним судом.

У разі, коли в кредитному договорі строк виконання пози­чальником зобов'язання про повернення банкові кредиту не зазначений або визначений моментом вимоги банку, то за відсутності іншої угоди відповідальність поручителя (гаранта) припиняється після закінчення одного року з дня укладення договору поруки чи гарантії (ч, 2 ст. 194 ЦК).

Якщо структурна одиниця одержала від юридичної особи, до складу якої вона входить, належним чином оформлені по­вноваження на укладення від її імені договорів гарантії або поруки, то та обставина, що в тексті договору немає посилан­ня на те, що такий договір укладений від імені юридичної особи за наданими повноваженнями, само по собі не може бути підставою для визнання договору недійсним. У таких випадках слід вважати, що договір укладений від імені юридичної особи.

Вирішуючи спори, пов'язані з вимогами банків про стяг­нення зі страховика неповернутих позичальником кредиту та процентної ставки за наданий кредит, слід мати на увазі таке.

Відповідно до ст. 370 ЦК У країни, ч. З ст. З та ст. 15 Закону України "Про страхування", укладаючи договір страхування, страхувальник має право передбачити в договорі умову про виплату страхової суми іншій особі, зокрема банку, від якого

**660 *Глава 26***

він одержав кредит. Отже, крім необхідності перевірити відпо­відність умов договору чинному законодавству, арбітражний суд має з'ясувати, чи є в договорі умова про виплату страхо­вої суми банкові, що надав кредит. За відсутності цієї умови у банку немає правових підстав вимагати від страховика сплати суми неповернутого позичальником кредиту та відсотків навіть у тому разі, якщо між страховиком і страху­вальником укладено договір страхування несвоєчасної виплати кредиту. Надаючи кредит з умовою його страхуван­ня, банк має перевірити наявність у договорі обов'язку стра­ховика у разі настання страхового випадку виплатити страхо­ву суму банкові.

Підстави, за якими страховик має право відмовити у виплаті страхових сум, передбачені у ст. 25 Закону України "Про страхування". Викладений у цій статті перелік таких підстав не є вичерпним, оскільки договір може передбачати й інші підстави відмови у виплаті страхових сум, якщо це не суперечить законодавству України.

Відповідно до ч. 2 ст. 17 Закону України "Про страхування" факт укладення договору страхування може засвідчуватися страховим свідоцтвом (полісом, сертифікатом), що є формою договору страхування. Чинне законодавство не позбавляє сторони цього договору права укласти його і в іншій письмовій формі відповідно до вимог ст. 44 ЦК України та ст. 15 Закону України "Про страхування". Отже, арбітражний суд не має правових підстав для визнання договору страхування неукладеним лише через відсутність поліса чи сертифіката, який засвідчує договір.

Договір страхування, як передбачено ч. З ст. 15 Закону України "Про страхування", набуває чинності з моменту вне­сення страхового платежу, якщо інше не передбачено умо­вами страхування. Зокрема, згідно зі ст. 5 згаданого закону загальні умови і порядок проведення добровільного страху­вання визначаються правилами страхування, що їх встанов­лює страховик самостійно.

Якщо між страховиком і страхувальником укладено договір страхування, то подальше посилання останнього на те, що він не був ознайомлений з цими правилами, як правило, не повинні братися до уваги.

Відповідно до ст. 33 Арбітражного процесуального кодексу України позивач (банк) має довести, що його вимоги щодо

Правове регулювання кредитно-розрахункових відносин 667

стягнення страхової суми зі страховика грунтуються на дого­ворі страхування, який набрав чинності.

Страховик має відповідати за договором страхування тільки у разі відсутності на рахунку позичальника кредиту достатніх коштів для виконання його зобов'язання за кредит­ним договором. Цю обставину арбітражний суд з'ясовує при вирішенні спору.

Одним з видів забезпечення виконання зобов'язань позичальника перед кредитором (банком) є неустойка (пеня). Процентна ставка — це плата за наданий кредит, а не неус­тойка. Таким чином, у разі невиконання позичальником зобов'язання про повернення сум кредиту та процентної ставки у визначений договором строк до нього може бути за­стосована майнова відповідальність згідно із Законом України "Про відповідальність за несвоєчасне виконання гро­шових зобов'язань" за умови, що відповідним договором встановлено конкретний розмір такої відповідальності \ вигляді пені.

Що стосується відповідальності поручителя або гаранта у вигляді сплати банку пені за прострочення платежу позичаль­ником, то при вирішенні цього питання слід виходити з такого.

Відповідно до ч. 2 ст. 192 ЦК У країни поручитель відповідає в такому самому обсязі, як і боржник, зокрема, за сплату не­устойки, якщо інше не встановлено договором поруки. Ця норма законодавства не поширюється на гарантію. У зв'язку з цим, якщо в договорі між банком та гарантом відсутня умова про відповідальність гаранта у вигляді сплати пені за прострочення платежу позичальником, арбітражний суд не має правових підстав для покладання цієї відповідальності на гаранта. Оскільки відсотки за наданий кредит, у тому числі у підвищеному розмірі, за своїм характером є платою, а не не­устойкою, то до позовів про стягнення цих відсотків застосо­вується загальний, а не скорочений строк позовної давності.

Виконання зобов'язання за кредитним договором може забезпечуватися також заставою (ст. 178 ЦК та ст. З Закону України "Про заставу").

Відповідно до ст. 11 Закону України "Про заставу" в редакції Закону України від 25 лютого 1994 р. "Про внесення змін і доповнень до Закону України "Про заставу" державне підприємство, за яким майно закріплено на праві повного господарського відання, самостійно здійснює заставу цього

***668***

***Глава 26***

майна, за винятком цілісного майнового комплексу під­приємства, його структурних підрозділів, будівель і споруд, застава яких здійснюється з дозволу та на умовах, пого­джених з органом, уповноваженим управляти відповідним державним майном. Стаття 4 Закону України "Про заставу" містить ще ряд обмежень щодо застави державного майна. Для господарюючих суб'єктів інших форм власності чинне за­конодавство таких обмежень не передбачає.

Якщо при вирішенні спору, пов'язаного з виконанням умов договору щодо предмета застави, буде встановлено, що на­лежне позичальникові кредиту державне майно передано в заставу з порушенням вимог Закону, то в такому разі спід за­стосувати ст. 48 ЦК України.

Укладаючи кредитний договір, сторони не позбавлені права в цьому договорі передбачити умови щодо забезпечен­ня зобов'язання боржника заставою. При цьому слід мати на увазі, що коли предметом застави є нерухоме майно, транс­портні засоби, космічні об'єкти, товари в обороті або у пере­робці, договір застави має бути нотаріально засвідчений. Не­додержання вимог щодо форми договору застави та його нотаріального засвідчення тягне за собою недійсність догово­ру з наслідками, передбаченими законодавством (статті 13 і 14 Закону України "Про заставу", ст. 48 ЦК). Отже, якщо умови щодо застави нерухомого майна, транспортних засобів, космічних об'єктів, товарів в обороті або у переробці передбачені у кредитному договорі, то цей договір має бути нотаріально засвідчений. У противному разі умови договору щодо застави слід визнати недійсними.

Банк має право вимагати задоволення своїх вимог за рахунок заставленого майна, включаючи відсотки за наданий кредит, відшкодування збитків, завданих прострочкою вико­нання, а у випадках, передбачених договором, також неус­тойку. Крім того, за рахунок заставленого майна відшкодо­вуються витрати банку по утриманню цього майна та інші витрати, пов'язані зі здійсненням забезпеченої заставою вимоги, якщо інше не передбачено договором застави (ст. 19 Закону України "Про заставу").

Звернення стягнення на заставлене майно банк здійснює відповідно до ст. 20 цього закону, а щодо майна селянського (фермерського) господарства — згідно з п. 4 ст. 25 Закону України "Про селянське (фермерське) господарство".

***Правове регулювання кредитно-розрахункових відносин 669***

Заставодержатель набуває права звернення стягнення на предмет застави у разі, якщо в момент настання строку вико­нання зобов'язання, забезпеченого заставою, воно не буде виконано, якщо інше не передбачено договором. Таким чином, відповідно до ст. 76 ЦК України перебіг строку позов­ної давності для позову банку про звернення стягнення на предмет застави починається з наступного дня після настан­ня строку виконання зобов'язання щодо повернення кредиту.

Згідно зі ст. 20 Закону України "Про заставу" при при­пиненні (реорганізації, ліквідації) юридичної особи—заставо­давця заставодержатель набуває права звернення стягнення на заставлене майно незалежно від настання строку вико­нання зобов'язання, забезпеченого заставою. Отже за таких обставин перебіг строку позовної давності починається з дня, коли банк дізнався або повинен був дізнатися про наявність зазначених обставин.

**Відповідальність сторін за кредитним договором. У** кредитних угодах передбачається відповідальність позичаль­ника за несвоєчасне повернення кредиту та відсотків за його користування і банку за несвоєчасне перерахування валюти кредиту у вигляді стягнення пені, що встановлюється за зго­дою сторін.

У кредитних договорах кредитодавець може передбачати відповідальність позичальника за використання не за цільовим призначенням кредитів за рахунок отриманих від Національного банку України кредитних ресурсів у вигляді стягнення з позичальника штрафу, а також відповідальність позичальника за використання не за цільовим призначенням кредиту, наданого за рахунок власних ресурсів комерційного банку.

**§ 3. Порядок відкриття рахунку в банках**

За загальним правилом (ст. 380 ЦК), пла­тежі за зобов'язаннями між організаціями проводяться у порядку безготівкових розрахунків через кредитні установи, в яких зазначені організації зберігають свої кошти. З цією метою суб'єктам підприємницької діяльності, іншим організа-

670 Глава 2в

ціям та установам незалежно від форм власності (далі — під­приємства) відкриваються розрахункові, поточні та бюджетні рахунки. Відкриття зазначених рахунків здійснюється відпо­відно до ст. 31 Закону України "Про банки і банківську діяль­ність", ст. 42 Закону України "Про підприємства в Україні" на умовах, викладених в Інструкції № 3 про відкриття банками рахунків у національній та іноземній валюті, затвердженій постановою Правління НБУ від 27 травня 1996 р. № 121, а також у договорі на відкриття та обслуговування банківського рахунку.

Договір на відкриття та обслуговування банківського ра­хунку укладається відповідно до Типового договору на обслу­говування комерційним банком довірчого товариства, за­твердженого наказом Фонду державного майна України від 24 грудня 1993 р. № 583 та НБУ від 18 лютого 1994 р. № ЗО.

*Розрахункові рахунки* в національній валюті відкриваються підприємствам, що здійснюють науково-дослідну, виробничу та іншу комерційну діяльність з метою одержання прибутку, володіють основними й оборотними коштами та мають самостійний баланс. До створення належних умов для здійснення контролю за проведенням операцій на рахунках у банках, у тому числі щодо сплати податків і зборів (обов'яз­кових платежів), за наявності у юридичних осіб — суб'єктів підприємницької діяльності рахунків у кількох установах бан­ків, юридичним особам законодавством дозволено до 1 січня 1999 р. відкривати розрахункові (поточні) рахунки не більше ніж у двох установах банків. При цьому один з розрахункових рахунків визначається юридичною особою як основний, на якому обліковуватиметься заборгованість, що списується (стягується) у безспірному порядку. Номер цього рахунку юридична особа повідомляє відповідному податковому орга­нові та банкам, у яких відкрито додаткові рахунки. Номер основного банківського рахунку юридичних осіб — суб'єктів підприємницької діяльності вказується у всіх випадках укла­дення ними цивільно-правових угод у письмовій формі.

З розрахункового рахунку здійснюються операції, які за­безпечують комерційну та іншу діяльність підприємства (роз­рахунки за товарно-матеріальні цінності з постачальниками та покупцями продукції; надані й отримані послуги; одержан­ня заробітної плати та сплата обов'язкових платежів за нею;

сплата платежів до бюджету і державних фондів; операції,

Правове регулювання кредитно-розрахункових відносин 671

пов'язані із забезпеченням власних соціально-побутових по­треб та інші відповідно до статутної діяльності підприємства).

Підприємствам, що мають філії, представництва, відділен­ня та інші відокремлені підрозділи, які перебувають на окре­мому балансі і є самостійними платниками податку, а також структурним підрозділам, що виділяються у процесі привати­зації, за клопотанням власника основного рахунку і за згодою установи банку, в якій відкривається субрахунок, можуть бути відкриті *субрахунки* для проведення розрахунків за місцезна­ходженням цих підрозділів.

У разі, коли відокремлені підрозділи не мають окремого ба­лансу і не є самостійними платниками податку, для них від­криваються субрахунки для зарахування виручки та наступ­ного перерахування її на основний розрахунковий рахунок підприємства.

*Поточи і рахунки* відкриваються організаціям та установам, що перебувають на державному бюджеті; постійним уповно­важеним різних громадських фондів; підприємствам, що приїхали на гастролі, та ін.

Поточний рахунок призначений для забезпечення власних потреб цих організацій та установ (виплата заробітної плати та платежів за нею; операції, пов'язані із соціально-побуто­вими витратами, та інші).

*Бюджетні рахунки* відкриваються підприємствам (Їх від­окремленим підрозділам), яким виділяються кошти з держав­ного або місцевого бюджету для цільового використання їх.

*Позичкові рахунки* відкриваються на договірній основі як юридичним, так і фізичним особам у будь-якій установі банку, яка має право видавати позички, з додержанням вимог чинного законодавства.

Позичкові рахунки призначені для обліку позичок, які на­дані шляхом оплати розрахункових документів чи перераху­вання на розрахунковий рахунок позичальника відповідно до умов кредитної угоди.

*Депозитні рахунки* відкриваються на підставі укладеного депозитного договору між власником рахунку та установою банку на визначений у договорі строк. Кошти на депозитні ра­хунки перераховуються з розрахункового, поточного рахунку підприємства і після закінчення строку зберігання по­вертаються на цей самий розрахунковий, поточний рахунок.

***672 Глава 26***

Відсотки за депозитними вкладами перераховуються в та­кому самому порядку.

Проведення розрахункових операцій та видача коштів готівкою з депозитного рахунку забороняється.

Зазначені вище рахунки для зберігання коштів і здійснення всіх видів розрахунків, кредитних та касових операцій відкри­ваються в установі банку за місцем реєстрації підприємства або у будь-якому банку України за згодою сторін.

Для відкриття *розрахункових (поточних)* рахунків під­приємства подають установам банків такі документи:

а) заяву про відкриття рахунку встановленого зразка. Заяву підписують керівник та головний бухгалтер підпри­ємства. Якщо в штаті немає посади головного бухгалтера чи іншої службової особи, що виконує обов'язки головного бух­галтера, заяву підписує лише керівник;

б) копію свідоцтва про державну реєстрацію в органі дер­жавної виконавчої влади, іншому органі, уповноваженому здійснювати державну реєстрацію, засвідчену нотаріально чи органом, який видав свідоцтво про державну реєстрацію. Бюджетні установи та організації замість свідоцтва про дер­жавну реєстрацію подають довідку про внесення до держав­ного реєстру звітних статистичних одиниць України;

в) копію рішення про створення, реорганізацію підприєм­ства того органу, якому надано таке право чинним законо­давством, засвідчену нотаріально чи органом, який видав таке рішення;

г) копію належним чином зареєстрованого статуту (поло­ження), засвідчену нотаріально чи реєструючим органом.

Установа банку, в якій відкриваються рахунки (субра­хунки), робить відмітку про відкриття такого рахунку на тому примірнику статуту (положення), на якому стоїть відмітка податкових органів про реєстрацію підприємства в податко­вих органах, після чого цей примірник повертається власни­кові рахунку;

д) картку із зразками підписів осіб, яким відповідно до чин­ного законодавства чи установчих документів підприємства надано право розпорядження рахунком та підпису розрахун­кових документів.

У картку включається також зразок відбитку печатки присвоєної підприємству.

Правова регулювання кредитно-розрахункових відносин 673

*Бюджетні* рахунки відкриваються на підставі розпоряджен­ня відповідного фінансового органу або органу Державного казначейства України з поданням до установи банку картки Із зразками підписів та відбитком печатки. У разі, якщо в цій установі банку відкрито розрахунковий чи поточний рахунок клієнта, надання картки не обов'язкове.

При відкритті *суброзрахункових* рахунків для філій та інших відокремлених підрозділів підприємств до установи банку, в якій відкривається суброзрахунковий рахунок, подають такі документи:

а) заяву про відкриття суброзрахункового рахунку вста­новленого зразка. Заяву підписують керівник **та** головний бухгалтер відокремленого підрозділу. Якщо в штаті немає посади головного бухгалтера чи іншої службової особи, яка виконує обов'язки головного бухгалтера, заяву підписує лише

керівник;

б) копію свідоцтва про державну реєстрацію юридичної особи в органі державної виконавчої влади, іншому органі, уповноваженому здійснювати державну реєстрацію, засвід­чену нотаріально чи органом, який видав свідоцтво про дер­жавну реєстрацію;

в) копію рішення про створення відокремленого підрозділу тим органом, якому надано таке право чинним законодавст­вом, засвідчену нотаріально чи органом, який прийняв таке рішення;

г) копію належним чином оформленого положення про відокремлений підрозділ, засвідчену нотаріально чи органом, що створив відокремлений підрозділ;

Установа банку, в якій відкривається суброзрахунковий рахунок відокремленому підрозділу, що має окремий баланс та стоїть на обліку в податковому органі як платник податку, ставить відмітку про відкриття такого рахунку на тому примір­нику положення про відокремлений підрозділ, на якому є відмітка податкового органу про реєстрацію підрозділу як платника податків, після чого цей примірник повертається власникові рахунку;

д) картку із зразками підписів посадових осіб відокремле­ного підрозділу, яким згідно з чинним законодавством та відповідними документами підприємства надано право роз­порядження рахунком та підпису розрахункових документів. Картку підписують керівник та головний бухгалтер під-

***в74 Глава 20***

приємства. Зразки підписів та повноваження посадових осіб засвідчуються нотаріально;

ж) клопотання підприємства **або** відповідного органу при­ватизації (щодо структурних підрозділів, які виділяються у процесі приватизації) до банку, в якому відкривається суб-розрахунковий рахунок, про відкриття суброзрахункового рахунку з визначенням обсягу та характеру операцій, які про­водитимуться на ньому, а також із зазначенням юридичної адреси підприємства та його розрахункового рахунку.

Установа банку, в якій відкрито суброзрахунковий раху­нок, у триденний строк повідомляє про це відповідний подат­ковий орган та банк, в якому відкрито розрахунковий рахунок підприємства в національній валюті або розрахунковий раху­нок в іноземній валюті у разі відкриття суброзрахункового рахунку в іноземній валюті.

Повідомлення зберігається у справі з юридичного оформ­лення розрахункового рахунку. Копії повідомлень у подат­ковий орган та банк зберігаються у справі з юридичного оформлення субрахунку.

Наведений вище перелік документів є загальним. Для окремих видів підприємств законодавством передбачено подання додаткових документів (наприклад, для орендного — нотаріально засвідченої копії договору оренди); інші під­приємства звільнені від подання певних документів (так, ста­тут не подається повним та командитним товариством, фер­мерським господарством, бюджетними установами та орга­нізаціями).

Рахунки юридичним особам—нерезидентам відкривають­ся в порядку, передбаченому розділом 4 Інструкції № 3.

Рахунок типу "ГТ відкриває уповноважений банк постійним представництвам іноземних компаній, фірм, міжнародних організацій, створеним у будь-якій організаційній формі без статусу юридичної особи, через які повністю або частково здійснюється підприємницька діяльність нерезидента на території України.

Відкриття постійним представництвам юридичних осіб— нерезидентів рахунків типу "П" здійснюється на підставі:

нотаріально засвідченої копії індивідуальної ліцензії Крим­ського республіканського, по м. Києву і області та обласних управлінь Національного банку України; заяви про відкриття рахунку;

Правова регулювання кредитно-розрахункових відносин 675

копії легалізованого доручення на здійснення представ­ницьких функцій, засвідченої нотаріально;

картки із зразками підписів та відбитком печатки, засвід­ченої нотаріально.

Для одержання індивідуальної ліцензії на відкриття та користування рахунком типу "П" постійні представництва юридичних осіб — нерезидентів подають такі документи:

клопотання юридичної особи—нерезидента до відповідних установ Національного банку України про відкриття постійно­му представництву рахунку типу "П";

письмову згоду уповноваженого банку на відкриття та обслуговування рахунку типу "П";

копію свідоцтва про реєстрацію постійного представництва у Міністерстві статистики України, засвідчену нотаріально або органом, що видав свідоцтво;

копію свідоцтва про реєстрацію постійного представництва у Міністерстві зовнішніх економічних зв'язків і торгівлі України, засвідчену нотаріально або органом, що видав свідоцтво;

копію свідоцтва про державну реєстрацію постійного пред­ставництва з метою оподаткування у місцевому органі дер­жавної податкової адміністрації, засвідчену нотаріально або органом, що видав свідоцтво;

копію легалізованого статуту юридичної особи—нерези­дента, якій належить представництво, засвідчену нота­ріально;

копію легалізованого витягу з торговельного, банківського чи судового реєстру або реєстраційне посвідчення місцевого органу влади іноземної держави про реєстрацію нерезидента— юридичної особи, якому належить постійне представництво;

копію легалізованого доручення іноземної юридичної особи її постійному представникові на ведення справ в Україні, засвідчену нотаріально;

копію дозволу центрального банку відповідної країни на відкриття рахунку типу 'ТІ" постійному представництву юри­дичної особи—нерезидента на території України, засвідчену нотаріально (для резидентів країн — республік колишнього СРСР).

Рахунок типу "П" використовується відповідно до правил, встановлених для розрахункових рахунків резидентів У країни (у тому числі для нарахування та зарахування на рахунок ***Глава 26***

676

відсотків за залишком коштів на цьому рахунку, якщо таке на­рахування передбачено договором між банком і власником рахунку), крім випадків купівлі іноземної валюти на міжбанківському валютному ринку України (МВРУ).

Постійне представництво має право з рахунку типу "П" купити іноземну валюту на МВРУ тільки для перерахування юридичній особі—нерезиденту, яку воно представляє, на суму коштів:

отриманих у зв'язку із здійсненням експортно-імпортних операцій;

нарахованих та зарахованих відсотків за залишком коштів на цьому рахунку;

на суму залишку коштів на рахунку — у разі припинення діяльності на території України (що підтверджується відповід­ними документами) після сплати обов'язкових податків і платежів.

Здійснення інвестицій в Україні, інших операцій, що забо­ронені чинним законодавством та нормативними актами Національного банку України з цього виду рахунків, не дозво­ляється.

У разі переоформлення рахунку у зв'язку з реорганізацією підприємства подаються такі самі документи, що й при ство­ренні підприємства.

Розрахункові та поточні рахунки *закриваються в* устано­вах банку:

1) на підставі заяви власника рахунку;

2) на підставі рішення органу, на який відповідно до зако­нодавства покладено функції щодо ліквідації або реорганізації підприємства;

3) на підставі відповідного рішення суду або арбітражного суд/ про ліквідацію підприємства чи визнання його банкрутом;

4) з інших підстав, передбачених чинним законодавством України чи договором між установою банку та власником рахунку.

Договір на відкриття та обслуговування банківського рахунку може бути розірвано за погодженням сторін. Протя­гом 10 днів з дати розірвання договору банк закриває раху­нок, а залишок коштів на ньому перераховує на інший рахунок за дорученням клієнта. Установа банку повідомляє податко­ву інспекцію за місцем реєстрації власника рахунку про закриття рахунку в триденний строк

***Право»» регулювання кредитно-розрахункових відносин 677***

Від закриття рахунку слід відрізняти тимчасове припинення операцій з розрахунковими, поточними рахунками на підставі рішень державних податкових інспекцій, судових, правоохо­ронних органів та в інших випадках, передбачених законодав­чими актами.

Законодавством України встановлено спеціальний поря­док відкриття валютних рахунків.

Відповідно до розділу 6 Інструкції № 3 банківські рахунки в іноземній валюті поділяються на:

— розрахункові;

— суброзрахункові;

— позичкові;

— депозитні (вкладні).

*Розрахунковий* рахунок призначений для розрахунків у межах чинного законодавства у безготівковій і готівковій іноземній валюті при здійсненні поточних операцій, визна­чених законодавством України про валютне регулювання та нормативними актами Національного банку України.

*Суброзрахунковий* рахунок відкривається для філій чи інших відокремлених підрозділів підприємств, що мають право відповідно до чинного законодавства України та нормативних актів Національного банку України використовувати іноземну валюту (за згодою власника рахунку — головного під­приємства).

*Позичкові* рахунки в іноземній валюті відкриває уповнова­жений банк на договірній основі юридичним особам (резиден­там та нерезидентам), а також представництвам юридичних осіб—нерезидентів незалежно від наявності розрахункового рахунку у цьому банку у встановленому чинним законодав­ством порядку.

*Депозитні* (вкладні) рахунки в іноземній валюті відкриває уповноважений банк фізичним і юридичним особам (рези­дентам та нерезидентам), а також представництвам юридич­них осіб—нерезидентів на підставі укладеного депозитного договору між власником рахунку та банком на визначений у договорі строк.

Кошти на депозитний рахунок юридичної особи—резиден­та та представництва юридичної особи—нерезидента пере­раховуються з розрахункового рахунку в іноземній валюті власника коштів і після закінчення строку їх зберігання повертаються на цей самий розрахунковий рахунок.

678 Глава 26

Для відкриття розрахункового рахунку в іноземній валюті юридична особа—резидент подає уповноваженому банку ті самі документи, що й для відкриття розрахункового рахунку в національній валюті.

Відкриття субрахунку в іноземній валюті для філії чи іншого відокремленого підрозділу юридичної особи—резидента здій­снює уповноважений банк на підставі нотаріально засвідче­ного дозволу на використання юридичною особою іноземної валюти як засобу платежу та нотаріально засвідчених копій документів, визначених Інструкцією № 3.

**§ 4. Порядок та форми розрахуй» у господарському обороті**

За загальним правилом, на території України всі юридичні особи всіх форм власності, а також фізичні особи — громадяни України, іноземні громадяни, особи без громадянства, які є суб'єктами підприємницької ді­яльності, здійснюють між собою розрахунки у безготівковому та готівковому порядку через установи банків відповідно де правил здійснення розрахункових та касових операцій, що за­тверджуються Національним банком України.

Слід, однак, мати на увазі, що сфера застосування готівко­вого обігу досить обмежена і визначається спеціальними нормами.

Переважна більшість розрахунків між суб'єктами госпо­дарського права здійснюється у безготівковому порядку у встановлених законодавством формах.

З метою вдосконалення організації банками розрахунко­во-касового обслуговування народного господарства Прав­ління НБУ постановою від ЗО червня 1995 р. № 166 за­твердило Порядок організації розрахунково-касового обслу­говування комерційними банками клієнтів і взаємовідносин з цього питання між установами Національного банку України та комерційними банками1.

' Урядовий кур'єр. — 1995. — 11 липня.

***Право»» регулювання кредитно-розрахункових відносин 679***

Відповідно до цього акта комерційний банк укладає договір з клієнтом на розрахунково-касове обслуговування, яке включає комплекс взаємних платіжних зобов'язань банку і клієнта щодо користування коштами і банківськими послуга­ми, а саме:

1) користування банком тимчасово вільними коштами клієнта;

2) проведення розрахункових операцій;

3) касове обслуговування;

4) транспортне обслуговування перевезень готівки. Безготівкові розрахунки між суб'єктами господарювання здійснюються відповідно до Інструкції № 7 про безготівкові розрахунки в господарському обороті України, затвердженої постановою Правління НБУ від 2 серпня 1996 р. та інших нор­мативних актів.

Безготівкові розрахунки здійснюються за такими формами розрахункових документів:

— платіжними дорученнями;

— платіжними вимогами-дорученнями;

— чеками;

— акредитивами;

— векселями;

— платіжними вимогами;

— інкасовими дорученнями (розпорядженнями).

Платіжні вимоги та інкасові доручення (розпорядження) застосовують у випадках, передбачених чинним законодав­ством та нормативними актами Національного банку України.

Безготівкові розрахунки за товари та послуги можуть здій­снюватися за допомогою банківських платіжних карток. По­рядок використання платіжних карток визначає Національ­ний банк України.

Інструкція № 7 грунтується на принципах вільного вибору суб'єктами форм розрахунків, закріплення їх сторонами у до­говорах і невтручання установ банків у ці договірні відносини. Разом з тим з метою забезпечення стандартів документів, які впроваджуються в господарський оборот в Україні, Інструк­цією № 7 встановлено, що розрахункові документи, що їх подають клієнти до банку у паперовій формі, мають відпо­відати вимогам встановлених стандартів і містити, залежно від їх форми, такі реквізити:

580 Глава 26

а) назву документа;

б) номер документа, число, місяць, рік його виписки. Число та рік вказуються цифрами, місяць — літерами. На розрахункових документах, які заповнюються за допомогою технічних засобів, допускається зазначення місяця цифрами (01—12);

в) назви платника та одержувача коштів (їх офіційне ско­рочення), які відповідають зареєстрованим у статуті, їх ідентифікаційні коди за Єдиним державним реєстром під­приємств і організацій України (далі — код), у фізичних осіб— ідентифікаційні номери, що проставляються на підставі відпо­відних документів податкових органів, номери рахунків в ус­тановах банку;

г) назви банків платника та одержувача, їх місцезнахо­дження та умовні номери за МФО (код банку);

д) суму платежу цифрами та літерами.

При зазначенні суми цифрами розділовим знаком є кома, а цифрами проставляється як сума у цілих гривнях, так і сума копійок. Наприклад, 123,45. При зазначенні суми літерами назва грошової одиниці вказується у скороченій формі, а сума копійок — цифрами. Наприклад, двадцять одна грн. 78 коп.;

е) призначення платежу: назву товару (виконаних робіт, наданих послуг), посилання на документ, на підставі якого проводиться операція (договір, рахунок, товарно-транспорт­ний документ та ін.), із зазначенням його номера і дати, та законодавчий акт, який передбачає право безспірного стяг­нення та безакцентного списання коштів (його дата, номер і відповідний пункт).

Замість назви товару може зазначатися його кодове (умовне)значення;

є) на першому примірнику (незалежно від способу виготов­лення розрахункового документа) — відбиток печатки (за винятком випадків, передбачених у п. 9) та підписи відпові­дальних осіб платника або (та) одержувача коштів;

ж) підрозділи бюджетної класифікації та строк настання платежу (у разі перерахування коштів до бюджету);

з) суму податку на додану вартість (цифрами) **або** напис "без податку на додану вартість".

Якщо хоч би один з вищезазначених реквізитів (коли вони передбачені формою документа) не заповнений або запов-

***Правове регулювання кредитно-розрахункових відносин 681***

нений неправильно, банк такий документ до виконання не приймає.

Використання факсиміле при вчиненні підпису, виправлен­ня і підчистки у розрахункових документах не допускаються.

Банк не має права робити виправлення на поданих розра­хункових документах, за винятком випадків, обумовлених нормативними актами Національного банку України.

У разі відмови прийняти від клієнта розрахунковий доку­мент банк у день отримання документа має зробити на його зворотній стороні напис про причину повернення документа без виконання за підписами головного бухгалтера і виконав­ця, завірених штампом банку, та повернути його клієнту.

Розрахункові документи за операціями, що здійснюються:

суб'єктами підприємницької діяльності—юридичними осо­бами повинні мати відбиток печатки та підписи відповідальних осіб, яким згідно з чинним законодавством України та уста­новчими документами підприємства надане право розпоря­дження рахунком і підпису розрахункових документів і які повідомлені банку в картці із зразками підписів та відбитком печатки;

відділеннями, філіями, представництвами від імені юридич­ної особи, підписують особи, які уповноважені цією юридич­ною особою, і завіряються відбитком печатки, що відповідає вміщеним у картці зразкам підписів та відбитку печатки;

підприємцями без створення юридичної особи, підписує одна відповідальна особа, зразок підпису якої зазначений у картці зразків підписів та відбитка печатки (за наявності печатки);

фізичними особами, підписуються ними та приймаються банком до виконання за наявності на документі підпису, що відповідає зразку, вміщеному в картці рахунку.

Клієнт, виходячи із своїх технічних можливостей, може подавати до банку розрахункові документи як у паперовій формі, так і у вигляді електронних розрахункових документів (електронних повідомлень) каналами зв'язку. Спосіб подання ним документів до банку передбачається в договорі на роз­рахунково-касове обслуговування.

Паперові розрахункові документи, як правило, виписую­ться з використанням технічних засобів за один раз під копірку у двох примірниках, платіжні вимоги та документи підприємств, які обслуговуються в одній установі банку, — в

682 Глава 20

трьох примірниках (якщо застосування копірки неможливе, то на всіх тотожних примірниках у правому верхньому куті мають міститися послідовні порядкові номери).

Для документального підтвердження часткової оплати роз­рахункових документів відповідальний працівник банку виписує у двох примірниках меморіальний ордер.

Кошти списуються з рахунку платника тільки на підставі першого примірника розрахункового документа.

*Платіжне доручення —* це бланк встановленої форми, який підприємство подає до банку, що його обслуговує, для пере­рахування визначеної суми зі свого рахунку.

Банк приймає до виконання доручення протягом десяти календарних днів з дати його заповнення і тільки в межах наявних на його рахунку коштів.

Доручення застосовуються в розрахунках за платежами товарного і нетоварного характеру.

Розрахунки дорученнями можуть здійснюватись:

за фактично відвантажену продукцію (виконані роботи, надані послуги);

в порядку попередньої оплати;

для завершення розрахунків за актами звірки взаємної за­боргованості підприємств;

для перерахування підприємствами сум, які належать фізичним особам (заробітна плата, пенсії, грошові доходи колгоспників тощо) на їхні рахунки, відкриті в установах банків;

в інших випадках за згодою сторін.

При розрахунках за фактично відвантажену, продану про­дукцію (виконані роботи, надані послуги) в дорученні в рядку "Призначення платежу" зазначаються назва (вид) відванта­женої, проданої продукції (виконаних робіт, послуг), номер, дата товарно-транспортного чи іншого документа, що під­тверджує відвантаження, продаж продукції (виконання робіт, надання послуг).

У дорученні на перерахування платежів, утриманих із заробітної плати працівників та нарахованих на фонд оплати праці податків до бюджету та обов'язкових зборів до дер­жавних цільових фондів, у рядку "Призначення платежу" вка­зуються підрозділи бюджетної класифікації (при перераху­ванні платежів до бюджету) та строк настання платежу, а

Правове регулювання кредитно-розрахункових відносин 683

також те, що податки до бюджету або збори до державних цільових фондів, утримані із заробітної плати та нараховані на фонд оплати праці, перераховано повністю.

*Платіжна вимога-доручення —* це комбінований розрахун­ковий документ, який складається з двох частин:

верхня — вимога постачальника (одержувача коштів) без­посередньо до покупця (платника) сплатити вартість постав­леної йому за договором продукції (виконаних робіт, наданих послуг);

нижня — доручення платника своєму банкові перераху­вати з його рахунку суму, яка проставлена у рядку "Сума до оплати літерами".

Вимогу-доручення заповнює одержувач коштів 1 надсилає безпосередньо платникові.

Доставку вимог-доручень до платника може здійснювати банк одержувача через банк платника. З метою гарантованої прискореної доставки платникам вимог-доручень рекомен­дується передавати їх у комплекті з розрахунковими та відвантажувальними документами за поставлену згідно з до­говором (угодою) продукцію (виконані роботи, надані послуги тощо).

У разі згоди оплатити вимогу-доручення платник заповнює нижню частину цього документа та здає його до банку, що його обслуговує.

Платіжні вимоги-доручення банки приймають протягом двадцяти календарних днів з дня виписки. День заповнення платіжної вимоги-доручення не враховується.

Вимогу-доручення платник подає до установи банку у двох примірниках.

Банк приймає до оплати вимогу-доручення в сумі, яка може бути сплачена готівкою на рахунку платника.

У разі відмови платника сплатити вимогу-доручення він повідомляє про мотиви відмови безпосередньо одержувача коштів у порядку і строки, зазначені в договорі.

*Чеки* застосовують для здійснення розрахунків у безготів­ковій формі між юридичними особами, а також фізичними та юридичними особами з метою скорочення розрахунків готівкою за отримані товари, виконані роботи та надані послуги,

**684 *Глава 26***

Розрахунковий чек — це документ, що містить письмове розпорядження власника рахунку (чекодавця) установі банку (банку-емітенту), яка веде його рахунок, сплатити чекодер-жателеві зазначену в чеку суму грошей.

Чекодавець — юридична або фізична особа, яка здійснює платіж за допомогою чека та підписує його.

Чекодержатель — підприємство, яке є отримувачем кош­тів за чеком.

Банк-емітент — банк, що видає чекову книжку (розрахуй ковий чек) підприємству або фізичній особі.

Чекові книжки (розрахункові чеки) виготовляються на спеціальному папері на банкнотній фабриці Національного банку України за зразком, затвердженим НБУ.

Чекові книжки брошуруються по 10, 20 та 25 аркушів.

З дозволу Національного банку України чекові книжки (розрахункові чеки) можуть виготовляти комерційні банки самостійно з додержанням усіх обов'язкових вимог і мати фірмову позначку банку.

Чекові книжки (розрахункові чеки) є бланками суворої звітності.

Розрахункові чеки, що їх використовують фізичні особи при здійсненні разових операцій, виготовляються окремими бланками, їх облік ведеться окремо від чекових книжок.

Банк-емітент без видачі чекової книжки може видати на ім'я чекодавця (фізичної особи) один або кілька розрахун­кових чеків на суму, що не перевищує залишок коштів на рахунку чекодавця, або на суму, що внесена готівкою.

Строк дії чекової книжки — один рік, а розрахункового чека, який видається для разового розрахунку фізичній особі, — три місяці.

За погодженням з установою банку строк дії невикориста­ної чекової книжки може бути подовжений.

Чек включає:

а) назву "розрахунковий чек";

б) назву (для фізичних осіб — прізвище, ім'я, по батькові чекодавця, дані його паспорта або документа, що його замі­нює) власника чекової книжки (далі — чекодавця) та номер його рахунку;

в) назву банку-емітента та його номер МФО;

г) ідентифікаційні коди чекодавця та чекодержателя за Єдиним державним реєстром підприємств та організацій

***Правове регулювання кредитно-розрахункових відносин 685***

України, у фізичних осіб — ідентифікаційні номери у разі їх присвоєння державною податковою адміністрацією;

д) назву чекодержателя;

е) доручення чекодавця банку-емітенту сплатити конкрет­ну суму, що зазначена цифрами та літерами;

є) призначення платежу;

ж) число, місяць та рік складання чека (місяць має бути написаний літерами, дата видачі чека має відповідати його реальній видачі), місце складання чека;

з) підписи чекодавця та відбиток печатки (юридичної

особи).

Чек, на якому немає будь-якого із зазначених реквізитів, вважається недійсним і повертається банку чекодавця без

виконання.

Чек заповнюється від руки (кульковою ручкою, чорнилом) або з використанням технічних засобів. Не допускається виправлення в чеках та використання факсиміле замість

підпису.

Чек із чекової книжки пред'являється до оплати в банк че­кодержателя протягом десяти календарних днів (день ви­писки чека не враховується). Якщо закінчення строку для пред'явлення чека припадає на неробочий день, то останнім днем строку вважається наступний за неробочим робочий

день.

Чек приймається чекодержателем в оплату безпосе­редньо від чекодавця, на ім'я якого виписаний документ, що підтверджує отримання ним товарів, виконаних робіт та на­даних послуг.

Гарантована оплата чека забезпечується:

шляхом депонування чекодавцем коштів на окремому рахунку в банку чекодавця;

наявністю коштів на відповідному рахунку чекодавця, але не вище суми, гарантованої банком за погодженням з чеко­давцем при наданні чекової книжки.

*Акредитив* є грошовим зобов'язанням банку, що видається ним за дорученням клієнта на користь його контрагента за договором, згідно з яким банк, що відкрив акредитив (банк-емітент), може здійснити постачальникові платіж або надати повноваження іншому банку здійснювати такі платежі за умов пред'явлення документів, передбачених в акредитиві.

вав Глава 26

Порядок розрахунків акредитивами, крім Інструкції № 7, регламентується також Уніфікованими правилами та звичаями для документарних акредитивів (редакція 1993 р., публ.МТП№500)1.

У банку покупця або постачальника можуть відкриватися акредитиви:

*покриті* (депоновані у банку постачальника або у банку платника);

*непокриті* (гарантовані).

Розрізняють викличний та *безвідкличний* акредитиви. Відкличний акредитив може бути змінений або анульований банком-емітентом у будь-який момент без попереднього повідомлення бенефіціара. Безвідкличний акредитив може бути змінений або анульований тільки за згодою постачаль­ника, на користь якого він був відкритий. Акредитив має ясно вказувати, чи є він відкличним або безвідкличним. За відсут­ності такої вказівки акредитив вважатиметься безвід­кличним.

Акредитив може відкриватися для розрахунків тільки з одним постачальником. Строк дії та порядок розрахунків за ним встановлюються у договорі між платником і поста­чальником.

Для одержання коштів за акредитивом, депонованим у банку постачальника, постачальник, який відвантажив това­ри, подає реєстр рахунків та передбачені умовами акреди­тива документи до банку, що його обслуговує, до закінчення строку дії акредитива. Банк після перевірки документів у разі відповідності їх умовам акредитива виплачує акредитив.

У разі використання акредитива, депонованого у банку платника, виплати постачальнику за акредитивом здійсню­ються у банку постачальника на підставі отримання від по­стачальника реєстру рахунків з відповідними документами.

*Вексель —* це цінний папір, який засвідчує безумовне гро­шове зобов'язання векселедавця сплатити після настання строку визначену суму грошей власникові векселя (векселе-держателю).

Для запровадження комерційного кредиту (передбаченого п.5 ст.24 Закону України "Про підприємства в Україні"), поліп-

' Урядовий кур'єр. — 1994. — 5 листопада.

***Правове регулювання кредитно-розрахункових відносин 687***

шення розрахункових відносин між суб'єктами господарської діяльності Постановою Верховної Ради України "Про застосу­вання векселів в господарському обороті України" від 17.чер-вня 1992 р.1 введено вексельний обіг з використанням прос­того і переказного векселів відповідно до Женевської конвен­ції 1930р.

Законодавством України передбачено, зокрема,

використання векселів:

для покриття взаємної заборгованості суб'єктів підприєм­ницької діяльності відповідно до Указу Президента України "Про випуск та обіг векселів для покриття взаємної забор­гованості суб'єктів підприємницької діяльності України" від

14 вересня 1994р.2;

у рахунок фінансування витрат державного бюджету відпо­відно до Постанови Кабінету Міністрів України "Про затвер­дження порядку застосування векселів Державного казна­чейства" від 27 червня 1996 р. № 689;

під час ввезення в Україну майна як внеску іноземного інвестора до статутного фонду підприємства з іноземними інвестиціями, а також за договорами (контрактами) про спіль­ну інвестиційну діяльність відповідно до Постанови Кабінету Міністрів України "Про затвердження Порядку видачі, обліку і погашення векселів, виданих на час ввезення в Україну майна як внеску іноземного інвестора до статутного фонду підприємства з іноземними інвестиціями, а також за догово­рами (контрактами) про спільну інвестиційну діяльність та сплату ввізного мита у разі відчуження цього майна" від

7 серпня 1996р.;

для сплати ввізного мита, податків та зборів українським виконавцем при ввезенні на митну територію У країни даваль­ницької сировини, а також для сплати вивізного (експортного) мита, податків та зборів українським замовником при виве­зенні давальницької сировини за межі митної території України відповідно до Закону України "Про операції з да­вальницькою сировиною у зовнішньоекономічних відносинах" від 15 вересня 1995 р.;

*1* Голос України. — 1992. — 27 червня.

2 Урядовий кур'єр. — 1994. — 20 вереси»

***688 Глава 26***

для оформлення простими векселями бюджетної заборго­ваності з фінансування видатків, пов'язаних з оплатою природного газу, що його споживають бюджетні організації та установи відповідно до наказу Міністерства фінансів України та Державної акціонерної холдингової компанії "Укргаз" від 21 серпня 1996 р.

Порядок використання векселів у господарському обороті України регулюється Положенням про переказний і простий вексель, затвердженим Постановою ЦВК і РНК СРСР від 7 серпня 1937 р., з урахуванням таких особливостей:

використовувати векселі, а також виступати векселедав­цями, акцептантами, індосантами та авалістами можуть тільки юридичні особи — суб'єкти підприємницької діяльності, що визнаються такими відповідно до чинного законодавства України;

векселі можуть видаватися лише для оплати за поставлену продукцію, виконані роботи та надані послуги, за винятком векселів Мінфіну, Національного банку та комерційних банків України;

у господарському обороті можуть використовуватися простий і переказний векселі;

вексельний бланк може заповнюватися друкованим та не-друкованим способами;

сума платежу за векселем обов'язково заповнюється цифрами та літерами;

вексель підписується керівником і головним бухгалтером юридичної особи та посвідчується печаткою.

Розрізняють два види векселів — простий і переказний (ст.21 Закону України "Про цінні папери і фондову біржу").

*Простий вексель —* це складений за суворо визначеною формою документ, за яким боржник (векселедавець) прий­має на себе абстрактне, нічим не обумовлене зобов'язання в зазначений строк або на вимогу здійснити платіж кредитору (векселедержателю) або тому, кому він накаже. При просто­му векселі платником є сам векселедавець.

*Переказний вексель (тратта) —* складений за суворо визначеною формою документ, в якому міститься проста і нічим не обумовлена пропозиція боржника, векселедавця (трасанта) іншій особі, платнику (трасату) в зазначений строк здійснити платіж кредитору, векселедержателю (ремітенту) або тому, кому він накаже.

***Правове регулювання кредитно-розрахункових відносин 689***

Переказний вексель відрізняється від простого тим, що векселедавець сам платежу не здійснює, а переказує цей свій обов'язок на свого боржника (платника за векселем). Переказний вексель також може переказуватись одним дер­жателем іншому. Відповідно до Положення про переказний і простий вексель передаточний напис (індосамент) векселя здійснюється векселедержатепем (індосантом) на зворотно­му боці векселя або на додатковому аркуші паперу (алонж до векселя).

Для здійснення платежу вексель пред'являється платни­кові. Його згода на оплату векселя (акцепт) оформляється написом на векселі.

При неодержанні платежу за векселем банк платника зобов'язаний подати вексель для опротестування від імені довірителя — банку векселедержателя.

Відповідно до Інструкції про порядок вчинення нотаріаль­них дій нотаріусами України, затвердженої Міністерством юстиції 14 червня 1994 р., векселі для вчинення протесту про несплату приймаються нотаріусами на наступний день після закінчення дати платежу за векселем, але не пізніше 12-ї години наступного після цього строку дня.

Опротестований вексель з написом про протест і актом протесту повертається від нотаріуса векселедержателю.

*Платіжна вимога —* це документ, що містить вимогу підприємства, установи, організації на безакцептне списання (безспірне стягнення) коштів у випадках, встановлених зако­нодавством.

Підставами для здійснення безспірного стягнення (безак цептного списання) коштів відповідно до чинного законодав ства України можуть бути виконавчі документи згідно з:

рішенням судів та арбітражних судів;

статтею 8 Арбітражного процесуального кодексу України про списання у безспірному порядку визнаної боржником суми претензії за розпорядженням заявника претензії;

Постановою Верховної Ради України "Про норматив обігу платіжних документів України" від 25 червня 1993 р. та п.5 Постанови Верховної Ради України "Про заходи щодо стабі­лізації соціально-економічного становища в Україні" від 22 грудня 1993 р. про безакцептне списання сум пені за перевищення нормативного терміну проходження платежів;

іншими законодавчими актами України.

690 Глава 26

Безспірне стягнення та безакцептне списання коштів здійснюється на бланку платіжної вимоги, що його подає стя-гувач до банку, в якому він обслуговується, у трьох примір­никах із супровідним реєстром у двох примірниках.

Платіжні вимоги банки приймають протягом десяти кален­дарних днів з дня виписки. День заповнення платіжної вимоги не враховується.

У платіжній вимозі зазначається призначення платежу та відповідна стаття законодавчого акта, якою передбачене право безспірного стягнення та безакцентного списання коштів.

Якщо у платіжній вимозі не заповнений рядок "Призначен­ня платежу" згідно з п. 8 зазначеної Інструкції **або** не зробле­но посилання на акт чинного законодавства, банк повинен повернути її без виконання.

Якщо безспірне стягнення коштів здійснюється на підставі виконавчого документа, оригінал (дублікат) якого додається, посилання у розрахунковому документі на законодавчий акт не потрібне.

*Інкасові доручення* (розпорядження), як розрахункові до­кументи, застосовуються у випадках, прямо передбачених законодавством. Банки приймають їх протягом десяти кален­дарних днів з дня виписки. День заповнення інкасового дору­чення (розпорядження) не враховується.

Інкасове доручення (розпорядження) заповнюється відпо­відно до вимог Інструкції № 7 та подається до банку у визна­ченій кількості примірників.

У рядку "Призначення платежу" інкасового доручення (розпорядження) вказується назва законодавчого акта, яким передбачене право безспірного стягнення коштів (його дата, номер і відповідний пункт) і документ, на підставі якого здій­снюється стягнення, *г*

Відповідальність за достовірність даних інкасового дору­чення (розпорядження) на безспірне стягнення коштів покла­дається на стягувача, який оформив розрахунковий доку­мент та надав його банку, що його обслуговує.

У разі безспірного стягнення та безакцентного списання коштів з установи комерційного банку стягувач подає розра­хункові та виконавчі документи (накази арбітражних судів, виконавчі листи, видані судами, та інші, визначені чинним за-

Правовв регулювання кредитно-розрахункових відносин 681

конодавством) до установи банку, в якому він обслуго­вується.

Отримані документи банк одержувача коштів надсилає спецзв'язком до регіонального управління Національного банку, в якому відкритий кореспондентський рахунок банку платника (юридичної особи).

У разі безспірного стягнення та безакцентного списання коштів з установи комерційного банку, в якому обслуго­вується стягувач, підприємство має право надіслати цінним листом розрахункові та виконавчі документи (накази арбіт­ражних судів, виконавчі листи, видані судами, та інші, визна­чені чинним законодавством) безпосередньо до регіонально­го управління Національного банку України, в якому відкри­тий кореспондентський рахунок банку платника (юридичної особи).

Документи на безспірне стягнення та безакцентне спи­сання коштів банки приймають незалежно від наявності' кош­тів на рахунках підприємств. Якщо коштів немає на рахунках, вони враховуються на позабалансовому рахунку № 9929.

У разі недостатності коштів на рахунках здійснюється час­ткова оплата розрахункових документів на безспірне стяг­нення та безакцентне списання коштів, яка оформляється меморіальним ордером за підписом відповідального виконав­ця, завіреним відбитком штампа банку. Перший примірник меморіального ордера вміщується в документи дня банку, другий видається платникові на підтвердження про часткову оплату, а на розрахунковому документі, який вміщується в картотеку на позабалансовий рахунок № 9929, робиться відмітка про часткову оплату.

Глава 27. Договір схову

**§ 1. Поняття договору схову**

Майно, що належить громадянам та орга­нізаціям, часто здається на зберігання іншим громадянам чи організаціям. Призначення схову— всебічно сприяти збере­женню будь-якої форми власності.

У дореволюційному російському законодавстві і в юридич­ній літературі договір схову називався договором поклажі, а його суб'єкти — відповідно поклажодавцем і покла-жоприймальником. Радянська теорія і практика відмовились від терміна "поклажа", замінивши його терміном "схов". Особа, що приймала майно на зберігання, іменувалася не покпажоприймальником, а охоронцем, а суб'єкт, який здавав річ на зберігання, у зв'язку з відсутністю нової термінології, так і продовжує називатися поклажодавцем1.

Зобов'язання зберегти будь-яку річ може мати різний зміст. Так, наприклад, коли йдеться про охорону предметів, в основному мають на увазі лише зовнішню недоторканність майна. Зобов'язання схову обумовлює повернення особі, яка здала річ, тієї самої речі без втрати і пошкодження, тобто збе­реження внутрішніх якостей і властивостей предмета. Схо­ронність майна — поняття ще більш широке, воно включає як обов'язок схову, так і обов'язок охорони речі. Цивільно-пра­вове зобов'язання схову, як правило, передбачає збережен­ня, а потім повернення майна у цілості особі, яка здала майно на схов.

Див.: *Иоффе О.С.* Отдельные виды обязательств. — Л., 1961. — С. 213.

Договір схову 693

За договором схову одна сторона (охоронець) зобов'язана зберігати майно, передане їй другою стороною, і повернути його у цілості ( ч. 1 ст. 413 ЦК). Суть договору схову полягає в тому, що одна особа передає іншій особі майно, яка приймає його для зберігання на певний строк, тобто мета да­ного зобов'язання зберегти річ і повернути в схоронності, а не сховати її. Отже основним у даному зобов'язанні є те, що потрібно зберегти річ, тобто отримати певний позитивний результат. І тому в проекті ЦК України (глава 64) даний договір називається договором зберігання, що повніше відображає відносини, які виникають між двома сторонами з приводу зберігання майна1. ЦК України передбачає, що охо­ронець повинен повернути річ у цілості. Проект ЦК України вказує, що річ має бути повернута у схоронності. З точки зору автора доцільно було б зазначити, що річ має бути повернута в тому стані, в якому її було передано на зберігання. Дане положення повніше відображало б суть схову, а точніше зберігання майна.

Слід зазначити, що обов'язок зі зберігання майна в одних випадках виступає як самостійні цивільні правовідносини, а в інших відіграє роль додаткової умови в зобов'язанні. Самос­тійним цивільно-правовим зобов'язанням схов визнається тоді, коли він є основою або однією з основних цілей, заради якої сторони вступають у правовідносини (наприклад, здача майна на зберігання в камеру схову). Додатковою умовою схов буває в тих випадках, коли він виконує допоміжну функ­цію, яка сприяє належному виконанню основного зобов'я­зання з іншим основним змістом. Зокрема, згідно з ч. 1 ст. 230 ЦК України, якщо право власності (оперативного управління) переходить до покупця раніше передачі речі, про­давець зобов'язаний до передачі зберігати річ, не допуска­ючи її погіршення, або за ч. 1 ст. 337 ЦК підрядчик зобов'я­заний вжити всіх заходів, щоб забезпечити збереження ввіреного йому замовником майна, він несе відповідальність за будь-які упущення, що потягне за собою втрату або по­шкодження майна. В даних випадках зобов'язання схову є до­датковою умовою у договорах купівлі-продажу і підряду.

Цивільний кодекс України. Проект у редакції від 25 серпня 1996 р. // Українське право. — 1996. — 2 (4). — С. 307.

694 Глава 27

Договір схову є реальним, тобто він вважається укладеним з моменту передачі речі на зберігання, а не з часу досягнення про це згоди. Це має місце у договорах, де однією стороною виступає громадянин (наприклад, при здачі майна в ломбард, камеру схову на вокзалі). Але в певних випадках договір схову може бути консенсуальним, зокрема тоді, коли він укладається між організаціями, одна з яких бере на себе зобов'язання прийняти на схов майно, що передано їй іншою організацією (ч. 2 ст. 413 ЦК). Так, холодильники, що прийма­ють продукцію підприємств м'ясної і молочної помисловості, укладають з відповідними збутовими конторами договори, на підставі яких холодильники зобов'язуються приймати, а кон­тори — здавати на зберігання м'ясо-молочні продукти.

Договір схову вважається безоплатним. Але він може бути і сплатним, якщо ця послуга здійснюється за винагороду. Без­оплатними є відносини, що виникають, коли громадяни зда­ють майно на короткострокове зберігання у гардероби орга­нізацій, камери схову будинків відпочинку, санаторіїв, або якщо функцію охоронця приймає на себе громадянин у порядку надання товариських послуг, що часто трапляється у побуті. Договір схову може стати сплатним у відносинах між громадянами, якщо при укладенні договору сторони це обу­мовлюють, а також у відносинах, де однією стороною є орга­нізація; договір схову має бути сплатним, якщо норматив­ними актами передбачено стягнення організацією плати за зберігання майна.

Договір схову належить до двосторонніх договорів, тобто при сплатних і безоплатних відносинах зобов'язання збері­гання є взаємними, де існують певні права та обов'язки обох сторін. Охоронець, зокрема, зобов'язаний забезпечити збе­реження майна і повернути його іншій стороні, яка в свою чергу зобов'язана після закінчення строку, зазначеного охо­ронцем взяти назад здане нею на схов майно (ч. 1ст. 421 ЦК) і відшкодувати охоронцеві витрати, необхідні для збереження майна (ч. 2 ст. 417 ЦК), та збитки, завдані властивостями цього майна, коли охоронець, приймаючи майно на схов не знав і не повинен був знати про ці властивості (ст. 422 ЦК). Якщо ж договір сплатний, то обов'язком поклажодавця є сплата охоронцеві винагороди, розмір якої затверджений у встановленому законом порядку таксами, ставками, тари­фами, а за відсутності таких за згодою сторін.

Договір схову 695

Договір схову має спільні риси з договором про охорону об'єктів, з договорами позики і майнового найму. За догово­ром про охорону об'єктів власник доручає органам охорони здійснювати щоденну охорону відповідних об'єктів без пере­дачі їх у господарську сферу органові, що здійснює охорону, а за договором схову поклажодавець передає майно охорон­цеві. Договір про охорону об'єктів завжди сплатний, а договір схову також може бути сплатним і може бути безоплатним. Спільні риси договорів схову, безоплатного користування майном, майнового найму в тому, що у всіх вказаних правовідносинах майно одного суб'єкта надходить у тимчасо­ве володіння іншої особи. Проте, у той час як при безоплат­ному користуванні майном і майновому наймі користування є основною метою договору, в договорі схову воно може лише доповнювати основну мету обов'язку контрагента — зберегти ввірене майно. Зобов'язання схову можуть бути сплатними і безоплатними, а правовідносини з найму речі тільки сплатними. На відміну від інших правовідносин зобо­в'язання зберігання між громадянами, а також між громадя­нами та організаціями виникають лише з моменту передачі, залишення майна у володінні зобов'язаної особи (охоронця).

**§ 2. Підстави виникнення зобов'язань зі зберігання**

Для виникнення зобов'язань зі зберігання необхідні певні юридичні факти. Такими підставами можуть бути угоди, юридичні проступки, акти планування, адміністра­тивні акти, постанови слідчих, ухвали суду, арбітражного суду та інші дії громадян та організацій, які породжують цивільні права та обов'язки.

Ознакою зобов'язань зі зберігання є те, що ці відносини породжуються лише правомірними діями. Найпоширенішим юридичним фактом, з яким пов'язано виникнення зобов'я­зання зберігання, є угоди (договори). Але не з будь-якої угоди можуть виникнути правові відносини зі зберігання, а лише з тієї, що спрямована саме на передачу певного майна на зберігання іншій особі, тобто в даному випадку воля сторін

600 Глава 27

має бути спрямована на досягнення певних правових наслід­ків, а саме — на виникнення зобов'язань зберігання.

Укладаючи договір схову, сторони повинні уявляти основні наслідки взаємної згоди, їх волевиявлення і розуміти, що один дає іншому конкретну річ на зберігання, вступаючи з ним у правові відносини з цією метою, а інший згоден прийняти на себе обов'язок зі зберігання речі. Тобто просте прохання приглянути за речами не можна розглядати як укладення до­говору схову, оскільки дані речі залишені не з метою здачі їх на зберігання. В даному випадку дії учасників угоди не спря­мовані на виникнення між ними правового зв'язку.

В основному зобов'язання зберігання виникають безпосе­редньо за наявності юридичного факту, яким є укладення до­говору схову. Але ці зобов'язання можуть виникати не лише з договору схову, в якому зберігання є єдиною метою, що передбачена законом. Підставою певних зобов'язань збері­гання можуть бути інші договори, де зберігання виступає як допоміжна функція, що доповнює основний зміст іншого до­говору, тобто виступає як елемент основного зобов'язання. Так, комісіонер зобов'язаний зберігати майно комітента за договором комісії, підрядчик — майно замовника за догово­ром підряду, перевізник— вантаж відправника за договором перевезення. Основним змістом цих договорів є надання послуги, а не зберігання, але при наданні основної послуги має здійснюватися і зберігання майна громадян, організацій як додаткова діяльність, що є елементом основного зобов'я­зання. Це сприяє належному виконанню обов'язку, який є змістом послуг, що надаються.

На відміну від договору схову в цих випадках не потрібно, щоб сторона, яка надає послугу, що є змістом основного до­говору, згодна була прийняти на себе обов'язок і зі зберіган­ня, а особа на чию користь здійснюється послуга, бажала б покласти на іншу особу такий обов'язок. У даному випадку для виникнення зобов'язання схову досить укласти основний договір про надання послуг, тобто відповідно договору комісії, підряду, перевезення тощо, де існує предмет схову, що зали­шений або внесений у відведене приміщення чи місце. Спе­ціальної спрямованості на те, щоб встановити правові відносини і щодо схоронності речей, тут немає.

***Договір схову 697***

Якщо за умовами перебування, обслуговування, надання послуги, що є змістом основного зобов'язання, громадянам необхідно користуватися гардеробом, залишати своє майно на час отримання послуги, то виникає зобов'язання зберігання.

Юридичні проступки — це також юридичні факти, які є під­ставою для встановлення відносин зберігання. Вони здійснюються з певною метою, але під час їх здійснення воля осіб не спрямована на те, щоб викликати юридичні наслідки у вигляді встановлення конкретних відносин зі зберігання, що виникають і без цієї спрямованості волі, тому що закон пов'я­зує з наявністю таких дій виникнення зобов'язань. У таких випадках для виникнення правовідносин зберігання досить, щоб особа здійснила практичні дії, які можуть мати різний ха­рактер. Так, наприклад, відмова покупця прийняти поставле­ну продукцію, є порушенням обов'язку з прийняття даної про­дукції на відповідальне зберігання, чи виявлення і здача зна­хідки органам міліції або виконавчому комітетові селищної, сільської ради народних депутатів викликає обов'язок зі збе­рігання даної речі протягом шести місяців (ч. 2 ст. 138 ЦК), бездоглядна або приблудна худоба передається на тимчасо­ве утримання радгоспові або колгоспові, керівники яких не мають права відмовитися прийняти її (ст. 139 ЦК). У даних випадах зобов'язання зі зберігання майна виникає на під­ставі прямих вказівок закону без укладення договору схову.

Іноді для виникнення зобов'язання зі зберігання потрібна наявність сукупності певних юридичних фактів. Це стосується встановлення планово-договірних відносин зі зберігання між підприємствами та організаціями, тобто тут існує акт плану­вання і договір схову. І тільки поєднання їх може утворити під­ставу, яка породжує цей вид зобов'язань. Зокрема, мініс­терства, інші центральні та місцеві органи виконавчої влади, Рада міністрів Автономної Республіки Крим готують про­позиції щодо визначення підприємств, установ та організацій незалежно від форм власності для зберігання матеріальних цінностей державного резерву (запасів матеріально-техніч­них, продовольчих та сировинних ресурсів)1.

' Закон України "Про державний матеріальний резерв" від 24 січня 1997 р. // Відомості Верховної Ради України. — 1997. — № 13.

698 Глава21

Відповідно до Закону України "Про державний матеріаль­ний резерв" (ст. 11) запаси матеріальних цінностей дер­жавного резерву розміщуються на підприємствах, в устано­вах та організаціях, спеціально призначених для зберігання матеріальних цінностей державного резерву. Частина запа­сів матеріальних цінностей державного резерву може збері­гатися на промислових, транспортних, сільськогосподар­ських, постачальницько-збутових та інших підприємствах, в установах та організаціях незалежно від форм власності на договірних умовах.

Для підприємств, установ та організацій, основаних пов­ністю або частково на державній власності (державні під­приємства, установи та організації, акціонерні товариства, у статутному фонді яких контрольний пакет акцій належить державі, орендні підприємства, основані на державній влас­ності), а також для суб'єктів господарської діяльності всіх форм власності, визнаних відповідно до законодавства України монополістами, відповідальне зберігання матеріаль­них цінностей державного резерву є обов'язковим, якщо це не завдає їм збитків.

Перелік підприємств, установ та організацій усіх форм власності, що виконують відповідальне зберігання матеріаль­них цінностей державного резерву, номенклатура та обсяги їх накопичення визначаються мобілізаційними та Іншими спе­ціальними планами1. Тобто вданому випадку зобов'язання по зберіганню матеріальних цінностей державного резерву, виникають з акта планування.

Зобов'язання схову також можуть виникнути з адміністра­тивних актів, бо адміністративні акти є різновидом юридичних фактів. Це акти органів державного управління, вони виража­ють волю органів з питань, що належать до їх компетенції. Воля у них спрямована на встановлення цивільно-правового зобов'язання по зберіганню. Орган управління, що видав або прийняв такий акт, вступає в адміністративні відносини з гро­мадянином або організацією, яким адресований даний акт. Між органом, що видав акт, та іншою особою, наприклад май­бутнім спадкоємцем, в інтересах якого прийнято акт, вста­новлюються цивільні правовідносини по зберіганню. Зокре-

' Відомості Верховної Ради України. — 1997. — № 13.

договір схову

***699***

ма, державний нотаріус за місцем відкриття спадщини за повідомленням підприємства, установи та організації, грома­дян або за своєю ініціативою вживає заходів до охорони спад­кового майна, коли це потрібно в інтересах спадкоємців, кредиторів або держави. Цих заходів вони вживають безпо­середньо або шляхом доручення державним нотаріусам чи посадовим особам виконавчих комітетів сільських, селищних, міських рад народних депутатів за місцезнаходженням майна. Заходів до охорони спадкового майна державний нотаріус вживає не пізніше наступного дня з дати надходжен­ня доручення або заяви про наявність спадкового майна, яке потребує охорони. Для охорони спадкового майна державний нотаріус проводить опис майна і передає його на зберігання спадкоємцям або іншим особам, яких він призначає. Охоро­на спадкового майна триває до прийняття спадщини всіма особами. В даному випадку зобов'язання по зберіганню виникають з адміністративного акта, зокрема акта описуван­ня спадкового майна, на якому державний нотаріус поперед­жає охоронця про відповідальність за зберігання майна, або з постанови про призначення охоронця спадкового майна1. Майбутні сторони таких зобов'язань не вибирають собі контрагентів, зобов'язану особу призначають, визначаючи її самим актом. Такі адміністративні акти можуть вчиняти лише органи управління держави і створювати, крім цивільних, ще й адміністративні відносини, де акт спрямований на виник­нення зобов'язань по зберіганню. Орган державного управ­ління, що видає адміністративний акт, сам не стає суб'єктом зобов'язань зберігання, в той час як громадяни та органі­зації є їх сторонами.

До юридичних фактів, які зумовлюють виникнення зобов'я­зань по зберіганню, слід віднести ухвали суду, арбітражного суду і постанови слідчих органів. Ці акти приймаються даними органами при здійсненні функцій у межах їх компетенції і спрямовані на встановлення відносин по зберіганню. Вони є підставою виникнення зобов'язань по зберіганню між грома­дянами та організаціями. Суди та слідчі органи вступають в адміністративні відносини із зобов'язаним суб'єктом, а між

Інструкція про порядок вчинення нотаріальних дій нотаріусами України // Закон і бізнес. — 1994. — 5 жовтня. — № 40.

**700 *Глава 27***

ним та іншою уповноваженою особою встановлюються цивільно-правові зобов'язання зі зберігання. Так, майно, описане судовим виконавцем, передається на зберігання боржникові або іншій особі (ст. 382 ЦПК). У даному разі між сторонами не укладається спеціальний договір схову майна. Для виникнення зобов'язання зі зберігання у цих випадках потрібна фактична передача майна зобов'язаній особі орга­ном, який прийняв ухвалу чи постанову. Сторони таких відносин визначаються актами судово-слідчих органів, які призначають охоронців майна. Ці органи відповідно до вимог закону чи за своєю ініціативою, чи за ініціативою зацікавле­них осіб зобов'язані приймати такі акти для належного вико­нання покладених на них завдань.

Крім зазначених, підставами виникнення зобов'язань зі збе­рігання можуть бути інші дії громадян та організацій (ст. 4 ЦК).

**§ 3. Сторони, предмет, об'єкти, форма та строк договору схову**

У договорі схову беруть участь дві сторо­ни — охоронець і особа, яка передає на зберігання майно і називається покпажодавцем. Сторонами договору, тобто охоронцем і покпажодавцем можуть бути як громадяни, так і юридичні особи. Охоронцями повинні бути дієздатні грома­дяни та організації, що мають статус юридичної особи.

Поклажодавцем в основному є власник майна, що його здають на зберігання. Але це не становить обов'язкову умову дійсності договору, який укладається. Будь-яка особа, яка має юридичний інтерес щодо збереження майна, яке перебу­ває в її володінні, має право укласти договір схову як поклажодавець, хоч це майно і не належить їй на праві власності. Тим самим не виключена можливість здачі на зберігання ре­чей заставодержателем, наймачем, перевізником тощо. Що стосується власника, то можливість вимагати у таких випад­ках майно від охоронця підпорядкована загальним правилам. Оскільки охоронець лише володіє річчю, але не стає її власником, дійсний власник, що має право на вилучення речі у покпажодавця, набуває такого права і щодо охоронця неза­лежно від його добросовісності та інших обставин справи.

***Поговір схову 701***

Добросовісність охоронця і спосіб вибуття речі з володіння власника можуть вплинути лише на взаємні розрахунки між сторонами. Так, якщо наймач майна після закінчення терміну договору найму здає його на сплатне зберігання замість того, щоб повернути майно власникові, віндикаційний позов влас­ника буде задоволений навіть проти добросовісного воло­дільця. Але в цивільному спорі такого характеру позивач повинен внести охоронцеві плату за зберігання, переклавши тим самим заподіяні збитки на їх винуватця, тобто покпажо­давця1.

Всі організації, які здійснюють функції охоронців, можна поділити на дві групи, взявши за критерій для такого розме­жування мету їхньої діяльності. До першої групи належать підприємства та організації, для яких зберігання не є метою діяльності, вказаної у їх статуті (положенні). Це колгоспи, заводи, санаторії, готелі і тому подібні організації; інші під­приємства, установи, що мають інші виробничі функції, а не зберігання, яке вони в одних випадках виконують як допоміж­ний, додатковий до основної мети обов'язок, а в інших — як епізодичну діяльність.

Другу групу становлять підприємства, для яких схов є основною або єдиною метою їхньої діяльності, передбаченою їх статутами, яка, як правило, здійснюється оплатно. Це холо­дильники, ломбарди та транспортні організації. Однак треба мати на увазі, що розподіл цих організацій на дві групи за за­значеною ознакою не виключає можливості здійснення схову підприємствами другої групи не тільки в якості основної і єдиної мети діяльності, передбаченої їх статутом, а й епізо­дичної (наприклад, при зберіганні речей відвідувачів транс­портними організаціями, ломбардами).

Значення такого розмежування полягає в тому, що між організаціями, які належать до першої групи охоронців, та поклажодавцями зобов'язання схову може виникнути не тільки з договору схову (наприклад, між колгоспами і заготі­вельниками сільськогосподарської продукції), а й тоді, коли майно, крім грошей і цінностей, не було окремо здано на зберігання (наприклад, зберігання майна в готелях).

' Див.: *Иоффе О.С.* Отдельные виды обязательств. — Ч. 2. — С. 217—218.

**702 *Глава 27***

Між підприємствами, віднесеними до другої групи охорон­ців, та поклажодавцями обов'язок зі зберігання виникає лише при передачі майна за договором схову (наприклад, у лом­барді, холодильнику), крім випадків прийняття вантажів на відповідальне зберігання. Залежно від цього вирішуватиметь­ся і питання про відповідальність того чи іншого охоронця.

Колгоспи виступають як охоронці при зберіганні ними про­дукції, проданої заготівельникам у рахунок виконання дого­вору контрактації. Іноді при укладенні договорів схову не перевіряють здатність продукції, яку здають на схов, до тривалого зберігання, акти про це не складають, що призво­дить до псування продукції. Об'єктом договору схову в дано­му випадку є сільськогосподарська продукція.

Сторонами договору схову сільськогосподарської продук­ції виступають заготівельні організації та господарства (кол­госпи) між якими укладено договори контрактації. Колгоспи можуть виступати як охоронці і при затриманні та передачі їм бездоглядної або приблудної худоби. Відповідно до ст. 139 ЦК України громадянин, який затримав бездоглядну або приблудну худобу, повинен негайно повідомити про це влас­ника худоби і повернути її або повідомити міліцію чи вико­навчий комітет селищної, сільської ради народних депутатів про затримання худоби. Останні вживають заходів до розшу­ку власника худоби, на цей час худобу передають на утримання і в користування найближчому колгоспові. У дано­му випадку підставою виникнення зобов'язання, як зазнача­лося вище, є юридичний проступок— факт знайдення і пере­дачі худоби колгоспу, з яким закон пов'язує відносини збері­гання, незалежно від бажання охоронця, а можливо і всупе­реч його волі. Покпажодавцями у цьому разі виступають органи міліції або виконавчі комітети сільських, селищних рад народних депутатів, бо володілець бездоглядної худоби в даний час невідомий, а міліція І виконкоми діють в інтересах власника худоби. Якщо встановлено юридичну чи фізичну особу, якій належить худоба, то вони стають поклажодавцями. Об'єктом таких зобов'язань є худоба, що вибула з воло­діння власника.

Обов'язок по зберіганню речей виникає, якщо знайдено знахідку. Згідно із ст. 138 ЦК України особа, яка знайшла за­гублену річ, зобов'язана негайно повідомити про це особу

Договір схову 703

яка загубила річ, і повернути Ті або заявити про знахідку І здати річ до міліції чи виконавчого комітету селищної, сіль­ської ради народних депутатів. Якщо річ знайдено в установі, підприємстві або на транспорті, то її слід здати адміністрації відповідної організації. Таким чином, суб'єктами зобов'язань схову тут є органи міліції, виконкоми місцевих рад народних депутатів та організації, яким передано знайдену річ (ці суб'єкти є охоронцями).

Суб'єктами зобов'язань схову у відносинах з громадянами можуть бути готелі, будинки відпочинку, санаторії і тому подібні організації. Основними виробничими цілями діяль­ності цих організацій є надання інших послуг (наприклад, са­наторно-курортного лікування, організація відпочинку тощо), передбачених їх статутами, а не зберігання речей громадян. У даному випадку зберігання виступає як допоміжна функція, що супроводжує статутну діяльність при наданні послуги, яка становить зміст і мету основного зобов'язання.

Стаття 420 ЦК України не встановлює ознак і не називає "тому подібних організацій", що виступають охоронцями, а обмежується наведеним приблизним переліком, який може розширитись. Вона фактично не містить відповіді на певні питання, що виникають у фактичних відносинах зі зберігання речей у готелях, будинках відпочинку, санаторіях, гуртожит­ках та аналогічних організаціях. **Отже треба** дати змістовне тлумачення вислову "тому подібні .організації". Так, у стат­тях 1028 і 1029 проекту ЦК України дано широке тлумачення певних правил. Зокрема, правила зберігання речей у гарде­робах організації застосовуються і до зберігання верхнього одягу, головних уборів та інших подібних речей, що їх не зда­ють на зберігання громадяни у місцях, відведених для цих цілей в організаціях та засобах транспорту. А правила статті про зберігання речей у готелях застосовують до зберігання речей громадян у мотелях, будинках відпочинку, пансіонатах, санаторіях та інших закладах, у яких особа тимчасово про­живає. Тобто проект ЦК України до так званих "подібних орга­нізацій" відносить місця, у яких особа тимчасово проживає, І місця, які відведені для зберігання речей в організаціях та транспортних засобах.

У даних випадках сторони перебувають у зобов'язальних відносинах з надання послуг (наприклад, послуг по санатор-

**704 *Глава 27***

но-курортному лікуванню), а залишення майна у зазначених приміщеннях є юридичним фактом, що тягне за собою вста­новлення додаткового обов'язку з його зберігання.

Підстави виникнення зобов'язань зберігання в організа­ціях, вказаних у ст. 420 ЦК України, можуть бути різні. Якщо громадянин прибув у санаторій, готель і здав свої речі до камери схову, гардероба, отримавши жетон або номер, то підставою, що породжує даний вид відносин, є договір схову. Якщо верхній одяг і головні убори відвідувачі здають до гар­дероба, їм видається жетон. Відповідальність за збереження у роздягальному відділі і гардеробі одягу, взуття і білизни, яка належить відвідувачам, несе адміністрація лазень і душових павільйонів. Цінні речі, документи та гроші здають до камери схову цінностей, а там, де її немає, за збереження цінних речей, документів, грошей, що не здані відвідувачами на зберігання, власник чи орган, уповноважений управляти майном, відповідальності не несе1.

Коли речі громадянина знаходяться у приміщенні (номері готелю) або залишаються в передбачених для цього місцях без особливої здачі на зберігання, зобов'язання по схорон­ності речей все одно виникає, але не з договору схову, а з договору про надання місця у готелі, гуртожитку тощо. В пос­танові Пленуму Верховного Суду України "Про застосування у судовій практиці деяких норм законодавства, яким регулю­ються відносини з побутового обслуговування населення"2 від 6 липня 1979 р. № 4 із змінами, внесеними постановами Пленуму від 29 червня 1984 р. № 6, від ЗО червня 1989 р. М6 6 та від 26 грудня 1992 р. № 13, зазначено, що готелі, будинки відпочинку, санаторії, Гуртожитки і тому подібні організації відповідають за збереження майна громадян, яке перебуває у відведених їм приміщеннях, і в тих випадках, коли це майно, крім грошей та коштовностей, не було спеціально прийнято від громадян на зберігання.

Інструкція щодо оформлення замовлень з окремих видів послуг та *їх* виконання, затверджена наказом Українського союзу об'єднань, під­приємств і організацій побутового обслуговування населення від ЗО травня 1994 р. № 10 // Закон і бізнес. — 1994. — 21 липня. — № 29.

2

Постанови Пленуму Верховного Суду України в цивільних та кримінальних справах. — 1993. — № 6. — С. 272.

Договір схову

**705**

Коли особа вступає у відносини за договором на санатор­но-курортне лікування, надання місць у готелях, то згідно із законом між нею і цими організаціями встановлюються відно­сини зі зберігання цього майна, хоч воно, крім грошей і кош­товностей, і не було особливо здано на зберігання.

Надання такого роду послуг цими організаціями немож­ливе без здійснення допоміжної функції — охорони речей гро­мадян. Покпажодавцями тут можуть бути лише громадяни. Звичайно, предметом даних зобов'язань є послуги, а об'єк­том — речі громадян, тобто індивідуально-визначене майно особистого користування. Гроші та коштовності стають такими об'єктами лише при укладенні договору схову із цими організаціями.

Суб'єктом даних зобов'язань на стороні охоронців можуть виступати й організації, для яких **схов** не є жодною з цілей діяльності, жодною додатковою функцією. До них належать адміністративні органи, вузи, науково-дослідні, інші установи та організації, що зберігають у гардеробах одяг своїх співро­бітників і відвідувачів. Підставою виникнення зобов'язань зі зберігання в даному випадку можуть бути договір схову (наприклад, отримання номера при здачі речей до гардероба) та юридичні проступки, якщо речі були залишені в гардеробі, який не обслуговувався гардеробником. Такі відносини мають безоплатний, короткостроковий характер, обмежую­чись часом перебування громадян у цих організаціях.

Охоронцями за договором схову можуть бути холодиль­ники. Вони приймають на зберігання товарно-матеріальні цінності від різних організацій та підприємств, які потребують їхніх послуг. Підставою виникнення таких зобов'язань зі зберігання є акт планування і договір схову. Тобто холодиль­ник зобов'язаний прийняти продукти від покпажодавця у строки і в кількості, що вказана у плані, бо їх діяльність як охоронців переважно планують органи управління. У свою чергу поклажодавець має право здати продукцію на зберіган­ня. Холодильник здійснює зберігання як одну із своїх основ­них виробничих функцій, цілей діяльності, передбачених ста­тутом, на підставі якого він діє.

До організацій, для яких зберігання майна є їх професій­ною діяльністю, належать ломбарди та камери схову транс­портних організацій. Камери схову на залізничних вокзалах і автовокзалах створено для прийняття від громадян речей на

23 О. Дзера

зберігання незалежно від наявності проїзних документів, тобто єдиною функцією, метою діяльності цих камер є збе­рігання речей громадян, і ця діяльність передбачена їх стату­том. Зокрема, "Порядок обслуговування громадян залізнич­ним транспортом"1, затверджений постановою Кабінету Міністрів України від 19 березня 1997 р. № 252 визначає, що суб'єкти господарювання, які займаються перевезенням та обслуговуванням пасажирів, повинні забезпечити схорон­ність ручної поклажі пасажирів у камерах схову, схоронність багажу та вантажобагажу в сховищах та під час перевезень.

Поклажодавцями виступають громадяни. Організації не можуть здавати своє майно на зберігання в ломбарди та камери схову транспортних організацій, оскільки це не входить у зміст їх правоздатності. Виникнення зобов'язань зі зберігання майна ломбард засвідчує шляхом видачі іменної охоронної квитанції, а в камерах схову транспортних органі­зацій видаються квитанції або жетони. Даний договір схову є двостороннім, реальним, оскільки обов'язок зі зберігання речі виникає лише з моменту фактичної передачі Ті у воло­діння охоронця. Об'єктом зобов'язання схову в цих випадках є індивідуально-визначене майно громадян, яке може прий­матися на зберігання згідно зі статутами підприємств, прави­лами перевезення пасажирів і багажу на транспорті.

Для різних охоронців об'єктами схову можуть бути різні речі. Так, ломбарди приймають предмети особистого корис­тування і домашнього вжитку, перелік яких може змінюва­тись. Камери схову беруть на зберігання ширше коло речей, ніж ломбарди.

Основною рисою договірного зберігання організаціями є те, що, оскільки приймання речей на зберігання входить у сферу їх професійної діяльності, вони мають, як правило, для таких операцій спеціальні приміщення чи спеціальне облад­нання (камери схову ручного багажу — на вокзалах, гарде­роби — в установах, театрах тощо).

Охоронцями можуть бути громадяни, які приймають на зберігання речі інших громадян. Зберігання речей громадя­нами не має характеру промислу, а часто є безоплатною по-

' Порядок обслуговування громадян залізничним транспортом // Закон і бізнес. — 1997. — ЗО квітня. — Н" 18.

***Договір схову***

***707***

слугою, що трапляється в побуті, але може бути й сплатною. Юридичним фактом, який породжує такі відносини, здебіль­шого є укладення між громадянами договору схову, який є реальним. Цей договір укладають на певний строк, а також без зазначення строку.

У всіх випадках предметом договору схову завжди є по­слуги, що їх надає охоронець покпажодавцеві та які направ­лені на забезпечення схоронності майна. Об'єктом договору схову може бути як індивідуально-визначена річ, так і речі, цю мають родові ознаки. За зобов'язанням зберігання, неза­лежно від підстав їх виникнення, охоронець повинен повер­нути у схоронності ті самі, а не інші речі, і тому, як правило, об'єктом цих зобов'язань є індивідуально-визначені речі. Іноді речі можуть визначатися родовими ознаками (на­приклад, здача колгоспами зерна на елеватор). Коли на схов здаються речі, що мають родові ознаки, то вони переходять у власність охоронця, якщо немає іншої угоди. І охоронець зобов'язаний повернути стороні, яка здала родові речі на схов, рівну або обумовлену сторонами кількість речей того самого роду та тієї самої якості (ст. 423 ЦК), а не ті самі речі, які здавалися на схов. Якщо згідно із законом охоронець стає власником переданих йому речей, то ризик випадкової заги­белі чи псування таких речей покладається на охоронця, і він зобов'язаний повернути покпажодавцеві рівну або обумовле­ну сторонами кількість речей того самого роду та тієї самої якості звичайно за умови, якщо загибель речей не сталася внаслідок дії непереборної сили. Законодавство допускає укладення угоди між охоронцем і поклажодавцем з приводу родових речей, зокрема про відповідальність за випадкову загибель або псування таких речей, яка може бути покладена на поклажодавця.

Проект ЦК України у ст. 998 передбачає поняття "знеособ­леного зберігання речей". Суть його полягає в тому, що взяті на зберігання речі одного поклажодавця можуть бути змішані з речами того самого роду і тієї самої якості інших поклажодавців. Знеособлене зберігання має бути лише у випадках, що прямо визначені договором. Тобто в даному разі охоро­нець повертає поклажодавцеві не ту саму річ, **бо** виділити Ті просто неможливо, оскільки вона змішана з речами того са­мого роду, але річ того самого роду і тієї самої якості.

**23\***

***708 Глава 27***

Форму договору схову регулює ст. 414 ЦК України, що передбачає залежність форми договору від вартості переда­ного на схов майна, строку та суб'єктів договору. Договір схову, може оформлятися усно і письмово. Договір схову, в якому однією стороною є громадянин, укладається обов'яз­ково в письмовій формі, якщо вартість переданого на схов майна не перевищує обумовлену на даний період суму. У противному разі настають наслідки, передбачені ст. 46 ЦК України: сторони позбавляються права посилатися на пока­зання свідків для підтвердження факту укладення договору в разі спору. Припустимі лише письмові докази. На підтвер­дження зобов'язання, що виникло з договору схову, покпажодавцеві можуть бути видані розписка та копія договору, де викладено умови такої угоди. Проте, якщо сторони, порушив­ши форму договору, не заперечують самого факту укладення договору, і спір виникає про тотожність речей, переданих на схов, і речей, що їх повертає охоронець, допускаються покази свідків (ч. 2 ст.414 ЦК).

При здачі одним громадянином речей на зберігання іншо­му в період надзвичайних обставин (пожежа, повінь, земле­трус) допускається доведення такого факту показаннями свідків незалежно від вартості майна (ч. З ст. 414 ЦК).

Якщо охоронцем виступає спеціалізована організація (наприклад, камера схову), то видається квитанція, яка й під­тверджує укладення договору. Часто квитанція виписується на формуляр, де відображається і сам порядок зберігання, який визначає права та обов'язки контрагентів. У деяких випадках (наприклад, при здачі в гардероб верхнього одягу) покпажодавцям видаються номерні жетони. Їх звичайно не можна вважати актами письмового оформлення договору, але вони мають доказове значення для розв'язання питань про те, чи було здано майно на зберігання.

У відносинах за договором схову строк є досить своєрід­ним, оскільки він визначає межі обов'язків охоронця. Охоро­нець не має права вимагати від поклажодавця достроково за­брати своє майно, якщо в договорі обумовлено строк його дії. *!* Навпаки, поклажодавець може у будь-який момент вимагати" повернення майна навіть якщо строк дії договору ще не закінчився. Якщо договір було укладено на певний строк, охо­ронець має права вимагати, щоб поклажодавець прийняв від

***Договір схову***

***709***

нього майно, якщо настав строк. При безстроковому харак­тері договору ця вимога може бути пред'явлена у будь-який момент, але охоронець зобов'язаний надати поклажодавцеві достатній строк для одержання ним свого майна.

**§ 4. Права та обов'язки сторін за договором схову**

Охоронець не тільки має право прийняти на зберігання майно, а й у деяких випадках зобов'язаний це зробити. Так, колгосп не може відмовитися від утримання бездоглядної або приблудної худоби (ч. 2 ст. 139 ЦК). Зобо­в'язані приймати на зберігання майно громадян камери схову транспортних організацій, гардероби підприємств та установ згідно з їх правилами внутрішнього розпорядку. Приймаючи майно, охоронець повинен оглянути його. Так, у разі відвантаження матеріальних цінностей державного резерву на підприємства по їх зберіганню та з цих підпри­ємств усі транспортні підприємства та організації незалежно від форм власності приймають та здають їх, обов'язково перевіряючи вагу або кількості місць (залежно від виду ван­тажу)1, тобто фактично майно приймається після огляду.

Якщо майно не відповідатиме вимогам, що пред'являються до якості упаковки, комплектності та іншим ознакам, або за­боронене до приймання відповідними правилами, охоронець може відмовитися прийняти таке майно. Іноді майно, що передається на схов, підлягає оцінці. Так, майно, що здається в ломбард, оцінюється за згодою сторін. Речі з дорогоцінних металів оцінюють за встановленими державними розцінками.

Після прийняття речей на зберігання охоронець приступає до виконання свого основного обов'язку. Щоб здійснити його, він повинен вжити всіх необхідних або передбачених догово­ром заходів для збереження майна (ч. 1 ст. 416 ЦК). Обсяг та характер засобів, що їх має вжити охоронець, визначаються видом договору, а також його оплатністю чи безоплатністю.

' Закон України 'Про державний матеріальний резерв" // Відомості Верховної Ради України. — 1997. — № 13.

***710 Глава 27***

При здачі речей охоронцеві може бути визначено, від якої не­безпеки їх треба охороняти, які дії для цього вчинити. Охоро­нець у всіх випадках повинен зберігати майно від загибелі, крадіжки. Так, на нього може бути покладений обов'язок зі збереження продуктів від псування, речей від пошкодження міллю тощо. Зокрема, ломбард вживає застережних заходів проти псування речей від вологості, молі тощо; холодильник "забезпечує збереження продуктів відповідно до інструкцій та санітарних правил.

Якщо дії, які зобов'язаний вчинити охоронець для забезпе­чення схоронності речі, не визначено договором схову або спеціальними правилами, то він повинен вживати необхідних заходів, виходячи із конкретних обставин, умов зберігання, властивостей і стану речей, а також небезпеки, що може за­грожувати їх цілості. Дії, спрямовані на збереження майна, залежать від роду речей, їх властивостей, місця і часу зберігання. Заходи, яких вживає охоронець, зумовлені тим, окремий громадянин чи організація зберігає майно, оплатно чи безоплатно надається ця послуга, здійснюється вона як одна із цілей діяльності організації, передбаченої в її статуті, чи ні. Не можна покладати однакові обов'язки на охоронця, що виконує функції зберігання майна безоплатно, і на того, хто робить це за винагороду; на охоронця-громадянина і організацію, для якої зберігання є основною метою діяль­ності, і ту, для якої не є.

Коли охоронцем є громадянин, то при безоплатному зберіганні речей іншої особи він зобов'язаний виявити турбо­ту про передане йому майно, тобто дбати про це майно, як про своє власне (ч. 2 ст. 416 ЦК). Від нього можна вимагати вжиття лише тих заходів зі збереження речей, яких він вживає щодо до своїх речей того самого виду і призначення. Отже, такого охоронця не можна звинувачувати в тому, що він не вжив певних заходів схоронності майна, якщо ці заходи він не застосував для" збереження власного майна (наприк­лад, не провітрював речі тощо). Проте останнє не слід розу­міти так, що якщо охоронець-громадянин при безоплатному зберіганні майна іншого громадянина ставиться до збережен­ня власного майна того самого призначення халатно, не виявляючи звичайної турботи про нього, то він не зобов'яза­ний вжити мінімальних доцільних заходів зі збереження прийнятого майна. Безгосподарне ставлення до своїх речей

Договір схову 711

не звільняє охоронця від відповідальності за пошкодження чу­жого майна. Турбота має бути не меншою, ніж про свої речі, і в тому разі, якщо громадянинові передається на зберігання майно, описане слідчим, зокрема речові докази. Тут встанов­люються безоплатні відносини між громадянами.

Якщо між громадянами укладено сплатний договір схову, то особа, що прийняла майно на зберігання, повинна вживати всіх заходів, передбачених договором, або тих, що потрібні для забезпечення схоронності майна. Так, повинен турбу­ватися громадянин про речі, передані йому на зберігання нотаріусом у порядку ст. 559 ЦК України або судовим вико­навцем на підставі статей 382 і 383 ЦПК України, якщо охо­ронець не є боржником або членом його сім'ї, бо в цих випад­ках виникають сплатні відносини зі зберігання. Такий самий обов'язок покладається на організацію, що зберігає речі гро­мадян незалежно від оплатності чи безоплатності здійснення цих функцій (наприклад, зберігання речей громадян у гарде­робах установ, підприємств, камерах схову готелів, гуртожит­ків тощо).

Коли охоронцем є організація, для якої схов — одна з цілей діяльності, передбаченої її статутом (положенням), пред'яв­ляються максимальні вимоги зі схоронності майна (наприк­лад, холодильники, ломбарди тощо). Ці підприємства надають послуги зі зберігання оплатно і зобов'язані проводити цілий комплекс дій і заходів, застосовувати спеціальні технічні засоби, способи, апаратуру для створення умов, цю виклю­чають навіть випадкову втрату, пошкодження майна. Їх зобо­в'язання передбачають схоронність внутрішніх і зовнішніх властивостей речей. З процесу зберігання майно має вийти таким, яким воно було прийнято на зберігання.

Правила ст. 416 ЦК України застосовуються і до відносин зі зберігання, що виникають не тільки з договору схову, а й з інших підстав. Згідно із ст. 424 ЦК України охоронець у цих випадках зобов'язаний вживати заходів, необхідних дпя за­безпечення схоронності переданого йому майна.

Строк, протягом якого охоронець має здійснювати свої функції, може бути визначеним і невизначеним. Якщо обома сторонами в зобов' язані зі зберігання є громадяни, трива­лість виконання охоронцем його обов'язків встановлює він сам. Договір схову між ними може бути укладений на визна­чений строк, без зазначення строку або до витребування.

***712 Глава 27***

При передачі громадянами своїх речей на зберігання орга­нізаціям строк зберігання визначається угодою сторін, стату­том охоронця або спеціальними правилами. Так, у договорі вказується строк зберігання при здачі громадянами майна в ломбард. Строк зберігання речей у камерах схову готелів, гуртожитків, будинків відпочинку, санаторіїв, гардеробах під­приємств, установ та організацій визначається часом пере­бування громадян у цих організаціях. Іноді зберігання триває протягом строку, встановленого законом. Наприклад, знай­дені речі органи міліції або виконавчі комітети місцевих рад зберігають протягом шести місяців (ч. З ст. 138 ЦК). Колгосп, куди передано на зберігання бездоглядну або приблудну ху­добу, зобов'язаний зберігати її протягом двох місяців з дня передачі її (ч. З ст. 139 ЦК).

Охорона спадкового майна продовжується до прийняття його всіма спадкоємцями, якщо воно не прийнято, то до закінчення строку прийняття спадщини (ч. 2 ст. 558 ЦК).

У зобов'язаннях зі зберігання строк визначає час здій­снення охоронцем своїх обов'язків. До закінчення встанов­леного строку особа, що прийняла майно на зберігання, як правило, не може вимагати від покпажодавця, щоб він прий­няв речі назад. Таке право надано йому тільки у разі настання строку, який встановлюється в інтересах покпажодавця.

Але чи залишається обов'язок охоронця зі зберігання майна після закінчення строку зберігання. Аналіз ст. 418 ЦК України приводить до висновку, що такий обов'язок з охорон­ця не знімається, ступінь турботи про майно, що зберігається, характеризується після цього більш низькими вимогами. Охо­ронець і надалі відповідає за втрату, нестачу або пошкоджен­ня цього майна лише за наявності з його боку умислу або грубої необережності. Після закінчення строку зберігання, передбаченого законом, або строку, зазначеного в ч. 2 ст. 415 ЦК України, останній зобов'язаний продовжувати виявляти турботу про схоронність майна до того моменту, поки воно не буде взято іншою стороною. В такому випадку охоронець має право вимагати відшкодування йому додат­кових витрат зі зберігання майна. Якщо охоронець навмисно або з грубою необережністю допустив втрату, нестачу або пошкодження цього майна, то він зобов'язаний відшкодувати особі, яка здала річ на зберігання, заподіяні збитки.

***договір схову***

***713***

Згідно Із ч.З ст. 416 ЦК України охоронець не має права користуватися майном, переданим йому на схов, якщо інше не передбачено договором. Навіть у тих випадках, коли вико­ристання майна не спричинить особливих змін зовнішнього вигляду, погіршення його стану (наприклад, при читанні прий­нятих на зберігання книг), на це необхідна згода поклажодавця. Так, Закон України "Про державний матеріальний резерв" забороняє використання матеріальних цінностей, зокрема за самовільне відчуження (використання, реалізацію) мате­ріальних цінностей державного резерву з юридичних осіб, на відповідальному зберіганні яких вони перебувають, стя­гується штраф у розмірі 100 відсотків вартості матеріальних цінностей у цінах на час виявлення факту відчуження, а також пеня з суми відсутнього їх обсягу за кожний день до повного 'їх повернення (п. 10 ст. 14).

Іноді закон передбачає право користування речами, що зберігаються. Так, відповідно до ст. 382 ЦПК України охоро­нець може користуватися переданим на схов майном борж­ника, якщо за властивостями майна користування ним не тягне за собою знищення або зменшення його цінності. В іншому випадку заборона користуватися майном має бути спеціально обумовлена в акті опису.

Але буває так, що, враховуючи властивості майна, збері­гання його не можна здійснити належним чином, не корис­туючись ним. Так, при зберіганні корови її потрібно регулярно доїти, інакше вона захворіє. Згідно із ст. 139 ЦК України без­доглядна або приблудна худоба передається колгоспові не тільки на утримання, тобто на зберігання, годування, догляд за нею, а і в користування цьому господарству. У таких випадках охоронець може користуватися такого роду май­ном, щоб воно не простоювало марно, задовольняючи свої господарські інтереси з урахуванням призначення майна, яке зберігається. Це не перетворює зобов'язання зберігання на відносини з надання майна у безоплатне користування, оскільки тут вирішальне значення для учасників правовідно­син має саме момент зберігання, мета, заради якої майно передавалося колгоспові, а не момент користування, що відіграє другорядну роль.

Особа, що взяла майно на зберігання, зобов'язана здій­снювати зберігання особисто. Передати його на зберігання іншій особі вона може тільки за згодою покпажодавця. Проте

***714 Глава 27***

у деяких випадках охоронець має право передати іншій особі речі, які зберігає, і без згоди їх володільця. Така передача можлива, якщо будь-які обставини будуть загрожувати цілості майна, а охоронець засобами, що є в його розпорядженні, не може відвернути таку загрозу і позбавлений можливості запитати згоду покпажодавця. В цьому разі охоронець діє в інтересах покпажодавця з метою схоронності його речей. Охоронець зобов'язаний повернути майно тому, хто здав його на схов, або уповноваженій на це особі навіть тоді, коли зберігання майна продовжується до визначеного законом або угодою сторін строку, покпажодавець має право у будь-який час взяти його назад, оскільки строк зберігання встанов­люється в його інтересах. Особа, що прийняла річ на збері­гання, не може наполягати на її отриманні покпажодавцем до закінчення строку, якщо він здав річ на певний строк, який ще не настав.

Речі, що зберігаються, повинні бути видані відразу після пред'явлення вимоги з врахуванням звичайного часу роботи охоронця, можливості термінового повернення, роду майна, способу його отримання тощо. Майно може повертатися не все разом, а частинами, партіями. Договором між сторонами може бути визначений і порядок повернення майна. Якщо вантажі перебувають на відповідальному зберіганні, їх мають за розпорядженням постачальника відправити за вказаною адресою будь-яким видом транспорту, якщо не було вказівки про те, яким способом слід повернути продукцію або товар. Якщо вид транспорту був вказаний охоронцю, він зобов'яза­ний використати саме цей вид транспорту, в іншому випадку можуть виникнути додаткові витрати.

Майно має бути повернуто у тому місці, яке визначено до­говором або нормативними документами. Якщо місце зберігання не збігається з місцем, де потрібно згідно із дого­вором видати майно назад, то охоронець має право відпра­вити його поклажодавцеві за рахунок останнього. Переважно речі повертаються в місцізнаходження охоронця—ломбарді, камері схову, гардеробі.

Охоронець не тільки зобов'язаний повернути майно, що зберігається у нього, у встановлений законом або договором строк, а й має право вимагати своєчасного отримання майна особами, які здали його на зберігання. Якщо особи, що здали на зберігання речі, ухиляються від зворотного одержання їх,

***Договір схову***

***715***

для цих осіб настають невигідні наслідки. Так, у разі невибрання з державного резерву матеріальних цінностей у перед­бачені договором строки одержувачі відшкодовують витрати, пов'язані з додатковим зберіганням зазначених матеріаль­них цінностей понад ці строки, а також збитки, зумовлені зниженням якості матеріальних цінностей за період простро­чення їх вибрання та простій транспортних засобів, нада­них для відвантаження зазначених матеріальних цінностей (п. 11 ст.14 Закону України "Про державний матеріальний резерв").

Якщо охоронцем є громадянин, він згідно з ч.2 ст.421 ЦК України має право вимагати по суду продажу цього майна в порядку, передбаченому ЦПК України. Коли охоронцем є державна, кооперативна або інша громадська організація, то продаж невитребуваного майна проводиться в порядку, передбаченому їх статутом (положенням). Суми, виручені від реалізації майна, видаються тому, хто здав майно на схов, за вирахуванням сум, належних охоронцеві (ч. З ст. 421 ЦК). Охоронець має право утримати винагороду, витрати зі зберігання, приймання, відправці та реалізації майна.

Заслуговує на увагу пропозиція ст.1002 проекту ЦК У краї­ни про наданя охоронцеві права у разі небезпеки, нестачі чи пошкодження речі змінити спосіб, місце та інші умови Ті збері­гання, не чекаючи відповіді поклажодавця, а у разі, якщо річ, що є на зберіганні, пошкоджено або виникла реальна загроза її пошкодження, а вжиття заходів з боку поклажодавця очіку­вати неможливо, зберігач має право реалізувати річ чи її частину самостійно. Таке право охоронця не суперечить природі зобов'язань зі зберігання, оскільки в даному випадку виконується доручення в інтересах особи, що здала на схов майно. Наявність такого права сприятиме зменшенню збит­ків під час зберігання. Бувають випадки, коли, незважаючи на вжиті господарством усі необхідні заходи для подальшого зберігання майна, неможливо усунути певні несприятливі обставини, а в законі немає вказівки на те, як повинні діяти охоронець і поклажодавець у подібних ситуаціях.

Іноді майно, що не було витребувано у встановлений зако­ном строк, переходить безоплатно у власність охоронця **або** держави. Наприклад, якщо особу, що загубила річ, яка пере­буває на зберіганні в міліції чи виконавчому комітеті селищної, сільської ради народних депутатів протягом шести

716 Глава 27

місяців, не буде виявлено, то річ безоплатно переходить у власність держави (ч. З ст. 138 ЦК). Якщо не буде виявлено власника бездоглядної чи приблудної худоби або великої рогатої худоби протягом шести місяців, а дрібної худоби — протягом двох місяців з дня передачі худоби колгоспові, власник втрачає право власності на цю худобу. В цьому разі худоба, що утримувалася в колгоспі, безоплатно переходить у власність цього колгоспу — охоронця (ч. 4 ст. 139 ЦК).

На відміну від охоронця, покпажодавець не може бути зобов'язаний виконати своє зобов'язання в натурі, якщо у нього немає майна, яке він повинен був здати на зберігання. Покпажодавець має право здати майно на зберігання, і його обов'язок сплатити охоронцеві винагороду, якщо договір схову сплатний. Розмір винагороди визначається затвердже­ними у встановленому порядку таксами, ставками, тарифа­ми, а за відсутності таких— за згодою сторін (ч. 1 ст. 417 ЦК).

Так, нотаріальна контора зобов'язана видати винагороду охоронцеві, опікунові або особі, якій передано на зберігання спадкове майно, якщо вони не є спадкоємцями (п.106 Інструкції про порядок вчинення нотаріальних дій нотаріусами України)1. Суд повинен виплатити винагороду охоронцеві описаного майна, якщо ним не є сам боржник або члени його сім'ї. Охоронцеві також відшкодовують необхідні витрати зі зберігання, якщо він їх зробив.

Якщо охоронцем є громадянин, то винагородою можуть бути сплата грошей, надання зустрічних послуг, право корис­тування річчю, що перебуває на зберіганні. Розмір плати визначається угодою сторін.

При сплатному зберіганні особа, що здала майно, зобов'я­зана сплатити винагороду незалежно від того, чи несе охоро­нець будь-які витрати, чи ні.

Послуги, що надаються охоронцем, оплачуються у бага­тьох випадках наперед, інакше речі не можуть бути прийняті на зберігання. Такі правила діють при здачі майна в лом­барди, автоматичні камери транспортних організацій, у камери схову залізниці. Плата вноситься або за весь період, або за певний термін. Винагрода може вноситися і в момент отримання речей назад. Питання про право охоронця

Закон і бізнес. — 1994. — 5 жовтня. — № 40.

***Договір схову***

***717***

затримувати у себе річ до сплати винагороди поклажодавцем законом не врегульоване, а в літературі вирішується по-різному. Одні автори вважають, що охоронець не має права затримувати річ до отримання грошей за зберігання1, інші — що перешкод до цього немає, посилаючись при цьому на дво­сторонній характер сплатного договору схову2. Вважається правильною інша точка зору, оскільки у взаємних договорах кожна із сторін може не виконувати своїх обов'язків доти, поки інша сторона не виконає те, що покладено на неї. Тому в проект ЦК України треба внести положення про те, що охо­ронець має право затримати повернення майна до моменту виплати йому винагороди.

В разі безоплатного схову той, хто здав майно на схов, зобов'язаний відшкодувати охоронцеві витрати, необхідні для збереження майна (ч. 2 ст. 417 ЦК). Так, якщо громадянин безоплатно зберігав речі іншої особи і передав їх у ломбард, бо приміщення, де знаходилися речі залило водою, то витрати сплати зберіганння речей у ломбарді, доставки їх туди і назад мають бути відшкодовані, оскільки є необхідними і здійснені з метою захисту інтересів поклажодавця. Розмір витрат у даному випадку визначають виходячи з дійсно зроблених витрат зі зберігання.

При виникненні розбіжностей спір вирішує суд. Тобто охо­ронець у разі закінчення безоплатного договору має право вимагати від іншої сторони відшкодування всіх необхідних і виправданих витрат, пов'язаних з виконанням обов'язків зі зберігання майна, право на відшкодування по зберіганню майна. На відшкодування витрат понад обумовлену винаго­роду охоронець має право і в разі укладення сплатного дого­вору, якщо ці витрати також були зумовлені необхідністю.

Обов'язок відшкодувати витрати покладено на особу, що загубила річ, або на Ті власника. Відповідно до ч. 4 ст.138 ЦК України громадянин, який знайшов річ і повернув особі, що її загубила, або здав Ті у встановленому порядку має право на одержання від особи, що загубила річ, а у разі переходу речі у власність держави — від відповідної державної організації

Див.: Отдепьные виды обязательств // Под ред. К. А. Граве, Й. Б. Новицкого. — М., 1954. — С. 328.

2

Див.: Иоффе О.С. Обязательственное право. — С. 50в.

***71в* Глава *27***

відшкодування витрат, пов'язаних із зберіганням і здачею речі (наприклад, витрати на годування собаки, загубленої володільцем).

На підставі ст.139 ЦК У країни власник робочої або великої рогатої худоби при отриманні її назад повинен відшкодувати колгоспові витрати з утримання худоби з урахуванням вигод, одержаних від користування нею. Спори між господарством і власником худоби з приводу витрат вирішуються в загально-позовному порядку.

Передбачається відшкодування витрат на зберігання майна боржника. Зокрема охоронець, якщо ним призначено не боржника і не члена його сім'ї, одержує за зберігання майна винагороду за встановленою таксою, а також отримує відшкодування фактично зроблених витрат з його зберігання, за вирахуванням фактично одержаних доходів від викорис­тання цього майна (ч. З ст. 382 ЦПК).

При безоплатному зберіганні речей у санаторіях, готелях, гуртожитках і тому подібних організаціях, у гардеробах уста­нов, підприємств володільці речей ніяких витрат не відшкодовують, бо тут вони входять як один з елементів в обслуговування громадян.

З аналізу ч. 2 ст. 417 ЦК України випливає висновок, що відшкодування витрату випадках безоплатного зберігання не залежить від того, було чи не було збережено, передане на схов майно. Обов'язок з відшкодування таких витрат пов'я­зується лише з фактом їх виникнення, незалежно від збере­ження речей. Адже було б несправедливо залишати **не** відшкодованими виграти, що їх зазнав, зокрема, громадянин, який зберігав майно, не отримуючи такої винагороди, засто­сувавши всі необхідні заходи-турботи, але на зміг зберегти ввірені йому речі.

Згідно із ч. 2 ст. 415 ЦК України охоронець має право у будь-який час відмовитися від договору, якщо майно здано на схов до вимоги або **без** зазначення строку, але він зобов'я­заний надати поклажодавцеві достатній за даних обставин строк для прийняття речей назад. Поклажодавець зобов'яза­ний взяти їх у цей строк. Однак це положення не може бути поширено на випадки зберігання, яке здійснюється, наприк­лад, при відповідальному зберіганні, передачі бездоглядної або приблудної худоби господарством тощо. Частина 2 ст. 415 ЦК України не. встановлює конкретного строку, протягом

***Договір сходу 719***

якого поклажодавець зобов'язаний взяти майно у охоронця. На охоронця покладається обов'язок надати поклажодавцеві достатній для отримання речей строк. Останній повинен визначатися не абияк, а з урахуванням усіх можливостей особи, яка передала річ на зберігання: приймання речей назад, наявність транспорту тощо.

В одних випадках вимога охоронця може потягти за собою обов'язок покпажодавця терміново взяти свої речі (наприклад, у зв'язку з припиненням роботи гардероба в організації), а в інших— надання певного часу, відстрочки для отримання майна. Це правило встановлено тому, що речі зберігаються в інтересах їх володільця, термінове ж виконан­ня ним свого обов'язку може порушувати іноді його інтереси. Поклажодавець може сам отримати майно або через упов­новажену ним особу; якщо майно не буде взято до закінчення строку зберігання, то відповідальність охоронця знижується, він може вимагати по суду його продажу, а також стягнення витрат, зроблених у зв'язку із зберіганням майна.

Обов'язок охоронця повернути майно поклажодавцеві дає право останньому вимагати речі або товари у примусовому порядку, якщо вони не будуть повернені у встановлений строк. Коли ж охоронець не повертає речі, то він порушує свій обов'язок, який існує за договором або зобов'язанням збе­рігання, яке виникло з інших юридичних фактів, що є підставою подання позову про повернення речі у натурі. По­клажодавець вимагає примусового виконання охоронцем його обов'язку. Він повинен подати лише докази, що під­тверджують факт передачі майна на зберігання, а не прина­лежність майна останньому.

§ 5. Відповідальність сторін у зобов'язаннях із зберігання

Якщо охоронець не виконає належним чином своїх обов'язків, допустить втрату майна, нестачу або його пошкодження, він несе відповідальність за це перед по-кпажодавцем.

Відповідальнсть охоронця може бути повною і обмеженою. При повній відповідальності охоронець відшкодовує поклажо-

720 Глава 27

давцеві як прямі збитки, так і недоодержані доходи, тобто відповідає за загальними правилами, що встановлені ст.203 ЦК України. Повна відповідальність може настати, якщо це передбачено законом або договором (ст.419 ЦК). У всіх інших випадках настає обмежена відповідальність, на підставі якої за втрату та нестачу майна охоронець відповідає лише у розмірі вартості втраченого майна чи майна, якого не вистачає, а за пошкодження майна — у розмірі суми, на яку знизилася його вартість (ст.419 ЦК). Отже внаслідок диспо­зитивного характеру даної статті у вказаних у ній розмірах охоронець відповідає в тих випадках, якщо за законом або договором на охоронця не покладено обов'язок по відшко­дуванню збитків. Вартість втраченого, пошкодженого майна або майна, якого не вистачає, що підлягає стягненню, визначається за державними роздрібними цінами з ураху­ванням зношення. Якщо при здаванні майна на схов було зроблено оцінку цього майна, яку зазначено у договорі або іншому письмовому документі, виданому охоронцем, відпо­відальність охоронця обмежується сумою оцінки, коли не до­ведено, що дійсна вартість пошкодженого, втраченого майна або майна, якого не вистачає, перевищує цю суму. Отже право доводити завищення вартості вказаного майна закон надає тільки охоронцям. Особі, що здала речі на схов із за­значенням їх вартості, не надається право доводити заниження оцінки майна.

У деяких випадках вартість предметів схову визначається за згодою сторін, і майно оцінюється нижче або вище його дійсної вартості (наприклад, при здачі майна до ломбарду). В інших випадках ціна майна оголошується лише однією сторо­ною, зокрема поклажодацем, без участі охоронця і, як правило, без перевірки дійсної вартості майна (при здачі речей до камери схову транспортній організації). Проте ч. 2 ст. 419 ЦК У країни не ставить розмір відповідальності охорон­ця в залежність від способу визначення вартості речей, що їх здають на схов. Згідно з цією статтею дозволяється доводити дійсну вартість втраченого, пошкодженого майна тільки охо­ронцеві, на думку якого дійсна вартість речей нижча від ого­лошеної суми.

Відповідно, незважаючи на те, що при прийманні майна на схов і визначенні його вартості за згодою сторін може бути занижено оцінку речей, закон дозволяє у разі їх втрати

***Договір схову***

***721***

відшкодовувати збитки лише у розмірі оцінки, встановленої у договорі. В розмірі оголошеної цінності несуть відповідаль­ність транспортні організації" при втраті або пошкодженні речей, що здані до камери схову, якщо охоронець не доведе, що дійсна вартість майна нижча від суми оцінки. Якщо речі здано до камери схову цих організацій без оголошення їх вар­тості або до автоматичних камер схову, де оцінка не оголо­шується, охоронці відповідають у межах доведеної позивачем дійсної вартості речей за державними роздрібними цінами з урахуванням їх зношення.

За пошкодження майна охоронець відповідає у розмірі суми, на яку знизилася його вартість (ч.1 ст. 419 ЦК). Це правило має застосовуватися у тих випадках, коли майно є в наявності, але пошкоджено, в зв'язку з чим знизилася його вартість. Характер пошкодження майна має бути таким, що можна поновити його вартість і використовувати за почат­ковим призначенням після відповідного ремонту.

Під зниженням вартості пошкодженого майна розуміється зниження його цінності внаслідок погіршення якості, необхід­ності ремонту, зниження ефективності використання корис­них якостей1. Розмір суми, на яку знизилася вартість майна в результаті пошкодження, може визначатися за допомогою експертизи. Отже, якщо пошкоджене майно можна вико­ристовувати за початковим призначенням, хоч і зі знижен­ням вартості, стягненню підлягає сума оцінки. Якщо таке майно може бути використане за призначенням після необ­хідного ремонту, потрібно стягнути вартість цього ремонту. Крім того, за наявності відповідних умов можливе стягення і суми, на яку знизилася вартість пошкодженого майна внаслідок втрати ним товарного вигляду. У подібних випадках не можна стягувати з охоронця вартість майна, яку воно мало до пошкодження.

Якщо у зв'язку з пошкодженням майна, за яке охоронець відповідає, якість майна знизилася настільки, що воно не може бути використано за початковим призначенням, покла-жодавець має право від нього відмовитися. Охоронець

1 Див.: Хаскепьберг БЛ. Ответственность, железных дорог за несохран-ность груза.—М., 1966. — С. 19—24;Смирнов В.Г., Яковпева В.Ф. Правовые проблемы перевозки и материально-технического снабжения. — Л., 1978. — С. 210.

**722 *Глава 27***

зобов'язаний у такому разі відшкодувати дійсну вартість майна з урахуванням його зношення. Ступінь пошкодження майна та його придатність до подальшого використання визначається сторонами, а у разі спору встановлюється висновком спеціальної інспекції або експертизи.

У ст. 419 ЦК України немає вказівки щодо того, до якого моменту повинна визначатися вартість втраченого або по­шкодженого майна — на день втрати або пошкодження майна, тобто на момент заподіяння шкоди, чи на день розг­ляду позову. Вирішення цього питання має важливе значення для встановлення розміру відшкодування, що підлягає стяг­ненню з охоронця, у разі зміни ціни майна. Звичайно, при визначенні розміру суми, що підлягає стягненню з охоронця за незбереження майна при зниженні ціни на нього після втрати або пошкодження, спід виходити з вартості майна до моменту його втрати або пошкодження, враховуючи при цьому зношення, а не зі зниженої вартості, що існує на день розгляду справи і винесення рішення. Зниження ціни на майно після втрати його охоронцем не повинно ставити останнього в краще становище, ніж особу чия річ втрачена. У тих випадках, коли ціна на майно підвищена після його втрати або пошкодження, розмір збитків, що підлягають відшкодуванню, спід обчислювати виходячи із цін, які існують на день розгляду спору і винесення рішення, на що спра­ведливо вказується в літературі1. Це пояснюється тим, що принцип повного відшкодування заподіяної шкоди полягає в поновленні попереднього майнового становища кредитора, забезпеченні можливості набути взамін втраченого нове майно.

Відповідальність за правилами ст. 419 ЦК України застосо­вується також у тих випадках, коли схов здійснюється на підставі інших договорів чи вказівок закону, якщо інше не встановлено законом або спеціальними правилами про ці до­говори (ст. 424 ЦК).

За ст. 420 ЦК України відповідальність покладається тільки за втрату або пошкодження майна громадян, що зберігається не за договором схову, а на інших підставах. Відповідачами

Див.: *Ноеицкии И.Б., Лунц ЛЛ.* Общее учение об обязатепьстве. — М., 1950. — С. Зве—Зве, **374-375;** *Кгиімиков* ЮХ Возмещение ущерба, причиненного имуществу. — Саратов, 19в5. — С. 70—71.

***Договір схову 723***

тут можуть бути лише організації, перелічені у даній статті: го­телі, будинки відпочинку, санаторії, гуртожитки і тому подібні організації. Вони відповідають за збереження майна грома­дян, яке перебуває у відведених йому приміщеннях, хоч це майно і не було здано на зберігання цим організаціям, за винятком грошей і коштовностей. Розмір відповідальності цих організацій також визначається за правилами ст. 419 ЦК України.

Як правило, у цивільному праві відповідальність настає за наявності вини особи, яка не виконала або не належним чином виконала зобов'язання. У зобов'язаннях схову майна передбачається виняток з цього правила. Зокрема органі­зація, що здійснює схов у межах своєї професійної діяльності, звільняється від відповідальності за втрату, нестачу і пошкод­ження майна лише тоді, копи доведе, що шкода спричинена непереборною силою.

Отже за ст. 420 ЦК України відповідальність будуть нести організації, для яких схов є додатковою функцією, а за ст. 418 ЦК — пише організації, для яких схов є єдиною або однією з основних цілей діяльності. Організації, для яких схов е однією з цілей діяльності, яка передбачена статутом (положенням), несуть підвищену відповідальність за втрату, нестачу або пошкодження майна.Вони відповідають не лише за наявності вини, а й незалежно від неї. Такі охоронці звільняються від відповідальності в тому випадку, якщо шкода заподіяна діями непереборної сили. Для звільнення охоронця від відповідаль­ності за незбереження майна в результаті дії непереборної сили необхідно, щоб невиконання ним своїх обов'язків було в причинному зв'язку з такими діями, щоб дійсно це явище ' (повінь, землетрус тощо) впливали на діяльність охоронця, завдаючи шкоду. Якщо охоронець міг і повинен був перед­бачити заподіяння шкоди майну, що зберігається, зокрема настанням повені і запобігти шкідливим наслідкам доступ­ними йому засобами, його посилання на непереборну силу у випадку втрати **або** пошкодження майна буде необгрунто­ваним. Він повинен довести, що об'єктивно не міг відвернути до непереборної сили, у зв'язку з чим і не зміг зберегти майно.

Отже умовами відповідальності охоронців відповідно до ст. 418 ЦК України є: наявність шкоди, причинного зв'язку між поведінкою охоронця і заподіяною шкодою, а також

724 Глава 27

протиправність дій охоронця. Вина не є необхідною умовою відповідальності таких охоронців. Відповідальність охоронця-громадянина за незбереження майна передбачена ст.416 ЦК України. Вона настає за наявності загальних підстав за пору­шення зобов'язань.

При безоплатному зберіганні майна громадянин відповідає за наявності у його діях умислу або грубої необережності за ч. 2 ст. 416 ЦК У країни. Громадянин виявляє грубу необереж­ність, якщо не застосовує елементарних максимально необ­хідних заходів щодо збереження ввіреного йому майна, розу­міючи можливість його втрати або пошкодження.

За наявності у діях громадянина простої необережності при безоплатному зберіганні речей він має бути звільнений від відповідальності за незбереження майна. Проста необе­режність характеризується тим, що охоронець, виконавши мінімальні, елементарні вимоги, не застосував необхідних заходів щодо збереження майна, хоч міг і повинен був знати, що вжиті заходи недостатні і можуть потягти за собою втрату або пошкодження майна.

При сплатному зберіганні речей іншого громадянина вимоги до охоронця зі збереження майна пред'являються більш високі. Згідно з ч. 1 ст. 416 ЦК України він зобов'язаний вжити всіх заходів, передбачених договором або необхідних для збереження майна незалежно від ступеня турботи про свої речі. Тому в таких випадках на охоронця покладається більш висока відповідальність за втрату, нестачу або пошко­дження майна.

На умовах, зазначених у статтях 416 , 418 та 420 ЦК України, охоронці відповідають за незбереження майна в межах строку схову. Відповідальність охоронця зменшується, якщо поклажодавець не забере майно у строк, обумовлений договором, а при схові майна без зазначення строку — у строк, визначений охоронцем. У такому разі охоронець звіль­няється від відповідальності за втрату, нестачу чи по­шкодження невитребуваного майна. Охоронець відповідає лише за наявності з його боку умислу чи грубої необережності (ч. 2 ст. 48 ЦК). Таким чином, після прострочення поклажодавця в отриманні майна знову відповідальність охоронця знижується. За несхоронність речей внаслідок простої необережності охоронець не відповідає. Це правило поширюється на випадки схову майна як організаціями, для яких схов є

Договір схову^

***725***

однією із цілей діяльності, так і підприємствами, що здій­снюють схов у вигляді додаткової або допоміжної функції, а також громадянами.

Поклажодавець, як і охоронець, за невиконання своїх обо­в'язків щодо охоронця несе відповідальність за збитки, які виникли у зв'язку з цим. Закон не передбачає відповідаль­ність покпажодавця незалежно від вини, тому потрібно виходити із загального правила про відповідальність лише за вину. Поклажодавець відповідає і за порушення обов'язку отримати майно по закінченню встановленого строку.

Майно, здане на зберігання, може заподіяти шкоду охорон­цеві своїми природними властивостями. Як правильно вказує О.С.Йоффе, якщо охоронець знав або повинен був знати про шкідливі властивості речей і все ж прийняв їх на зберігання, то він має вжити необхідних заходів, щоб запобігти збиткам, за які не можна притягти до відповідальності особу, яка здала такі речі1. А якщо охоронець не знав і не міг знати про властивості речей, які можуть заподіяти шкоду його майну, то покпажодавець повинен відшкодувати охоронцеві збитки, спричинені властивостями майна. У ст.422 ЦК України не сказано, чи потрібно для настання відповідальності поклажо-давця щоб він знав про шкідливі властивості майна, яке здається на схов, немає вказівки і на умови звільнення по­кпажодавця від обов'язку відшкодувати збитки охоронцеві, спричинені шкідливими властивостями майна. Для більш точ­ного і правильного розуміння ст. 422 ЦК України треба було б її доповнити, вказавши на те, що поклажодавець звіль­няється від відповідальності за збитки, спричинені природни­ми властивостями майна, якщо доведе, що не знав і не повинен був знати про ці властивості.

Див.: *Иоффе А.С.* РСФСР. — Л., 1965. — С. 350.

Глава 28. Договір доручення

§ 1. Поняття та значення договору доручення

Договір доручення (лат. mandatum) похо­дить з громадського обов'язку і дружби, в зв'язку з цим для нього характерна наявність взаємної довіри сторін. Учасники цивільних відносин для здійснення своїх прав та обов'язків часто доручають іншим особам здійснити для них юридичні дії, тобто такі дії, які тягнуть за собою виникнення, зміну або припинення цивільних правовідносин.

Сфера застосування договору доручення в цивільному обороті досить широка. Громадяни доручають іншим особам отримати заробітну платну, здійснити купівлю-продаж товару. З метою захисту прав і законних інтересів учасники цивільних правовідносин укладають договори доручення з організація­ми або особами, які можуть надати різні юридичні послуги на високому професійному рівні (розпорядження майном, ве­дення справ у судах).

Істотно збільшилося застосування договору доручення в умовах ринкової економіки, бо цей договір є практично вигід­ною правовою формою надання послуг за участю брокерів, зокрема в діяльності фондових і валютних бірж та бірж неру­хомості.

Як самостійний вид цивільно-правового договору, договір доручення відомий тільки країнам континентальної Європи. Французький цивільний кодекс (1804 р.) визначає, що відпо­відно до договору одна сторона (довіритель) доручає, а інша

***727***

Договір доручення

(повірений) приймає на себе здійснення юридичних дій за рахунок і від імені довірителя. Дещо по-іншому визначає до­ручення Німецьке цивільне уложення. Згідно з ним за дого­вором дорученням на повіреного може бути покладений обов'язок здійснювати як юридичні, так і фактичні дії; крім того, цей договір є безумовно безоплатним — "повірений зобов'язується безоплатно виконати справу, покладену на нього довірителем" (§ 662).

У ЦК Російської Федерації, прийнятому Державною думою 22 грудня 1995 р., даний інститут дістав розвиток. Новела пов'язана, зокрема, з тим, що в оборот введено комерційне представництво (ст. 972).

Відповідно до ст.386 ЦК України за договором доручення одна сторона (повірений) зобов'язується виконати від імені і за рахунок другої сторони (довірителя) певні юридичні дії.

Договір доручення є *двостороннім, консенсуальним;* він може бути *сплатним* і *безоплатним.*

Взаємність прав та обов'язків повіреного і довірителя визначає договір доручення як двосторонній договір. Причому взаємність має місце як при сплатному, так і без­оплатному договорі.

В юридичній літературі є й інші думки. Так, автори підруч­ника "Цивільне право" за редакцією професора Є. Суханова1 вважають, що двостороннім договір доручення є тоді, коли він сплатний або коли його виконання пов'язано з матеріальни­ми витратами повіреного, а на довірителя покладається обов'язок з їх відшкодування.

Але, якщо уважно розглянути зміст ст. 391 "Обов'язки дові­рителя" ЦК України, то можна зробити висновок, що договір доручення за всіх умов є двостороннім.

У безоплатному договорі доручення на довірителя покла­даються обов'язки прийняти все виконане повіреним, а також забезпечити останнього коштами, необхідними для виконан­ня доручення.

Договір доручення належить до консенсуальних договорів, бо вважається укладеним у момент досягнення між сторо­нами згоди.

• Т. 2. — М„

\* Див.: Гражданское право / Под рад. Е.А. Суханова. 1994.

728 Глава28 договір доручення 729

Договір доручення може бути сплатним і безоплатним. У ст.387 ЦК України вказано, що довіритель зобов'язаний сплатити повіреному винагороду тільки в тому разі, якщо це передбачено договором або затвердженими у встановлено­му порядку правилами.

Крім того, в цій статті є вказівка на те, що "громадяни не можуть отримувати винагороду за виконання договору дору­чення, крім випадків прямо визначених в законі".

Предметом договору доручення можуть бути тільки юри­дичні дії повіреного — підписання документів, укладення угод тощо. Але, виконуючи юридичні дії, повірена особа виконує і фактичні дії — пошук контрагентів, наведення довідок, огляд майна тощо. Слід зазначити, що ці фактичні дії підпорядковані меті виконання юридичних дій і тому вони не мають самос­тійного значення. Вони є умовою належного виконання дого­вору доручення, а не його предметом.

Мета договору доручення — здійснення повіреним прав довірителя, набуття, зміна і припинення для нього прав та обов'язків шляхом здійснення угод.

Характерним для договору доручення є те, що повірений виступає як представник свого довірителя перед третіми осо­бами.

Слід зазначити, що дії повіреного щодо третіх осіб, здійснені в межах повноважень, визначених договором, створюють або припиняють права та обов'язки безпосередньо для дові­рителя. Сам повірений, як представник, ніяких прав та обов'язків із угод, здійснених третьою особою, не набуває.

Форма договору доручення може бути усною і письмовою відповідно до загальних правил про форму угоди (статті 42— 47 ЦК) і про форму договору (ст.154 ЦК).

Відповідно до ст.44 ЦК України договори доручення між організаціями та з участю організацій укладаються у письмо­вій формі.

Договір доручення між громадянами на обумовлену на даний період суму також укладаються у письмовій формі. До­говори доручення, що укладаються за нотаріальною формою, можуть бути нотаріально засвідченими (наприклад, доручен­ня на укладення договору купівлі-продажу квартири).

На підставі договору доручення довіритель, як правило, видає повіреному довіреність і тим самим легалізує повіре-

ного як представника перед третіми особами. Довіреність відтворює повноваження повіреного, визначене умовами до­говору доручення. Довіреність може охоплювати лише час­тину юридичних дій, обумовлених у договорі доручення. Наприклад, при укладенні договору доручення на ведення справи по захисту майнових інтересів довірителя у договорі можуть бути зазначені такі юридичні дії повіреного:

проведення правової експертизи документів;

представництво інтересів довірителя в органах державної влади і управління, в арбітражному суді та інші.

По цій справі довірителем було видано довіреність на у

участь у засіданні арбітражного суду. Договір доручення і довіреність є документами, які оформляються для належного виконання повіреним вказівок довірителя.

Отже, договір доручення є юридичним фактом, на підставі якого виникає добровільне представництво. Проте представ­ництво ширше договірного представництва, бо підставами представництва взагалі можуть бути закон, адміністративний акт, трудовий договір (ст. 62 ЦК). Договір доручення — це одна з можливих підстав виникнення правовідносин з предс­тавництва.

Вказівки довірителя на вчинення повіреним конкретних юридичних дій мають міститися у договорі або у виданій на підставі договору доручення, або в усних розпорядженнях. Безумовним є те, що вказівки довірителя мають бути право­мірними, конкретними та здійсненними.

Договір доручення має багато спільного з договором комісії, який історично виник як вид договору доручення у торговельному обороті.

Але на відміну від договору доручення, де має місце пряме представництво, тобто повірений виступає від імені довірите­ля, у договорі комісії комісіонер — сторона, яка виконує дого­вір, виступає в інтересах комітента, але від власного імені, що виключає можливість виникнення представницьких відносин.

Договір доручення може бути сплатним і безоплатним, договір комісії, як правило, сплатний. У відносинах з третіми особами повірений не набуває для себе ніяких прав та обов'язків, а комісіонер стає стороною в угоді, яку він здій­снює для третьої особи і набуває також прав та обов'язків.

**730 *Глава 28***

Договір доручення має спільні риси з договором підряду. І підрядчик, і повірений діють в інтересах особи, але разом з тим ці два договори відрізняються своїм предметом: у дого­ворі підряду предметом є матеріалізований результат роботи, а в договорі доручення — юридичні дії повіреного.

Складніше розмежувати договори доручення та експедиції. Експедитор, як і повірений, може здійснювати і юридичні, і фактичні дії. Але предметом договору експедиції є водночас І юридичні, і фактичні дії. Наприклад, доставка вантажу на станцію або на склад клієнта. Ці договори відрізняє те, що експедитор може діяти як від імені клієнта, так і від свого імені. Повірений же діє тільки від імені довірителя.

Вивчення арбітражної практики дає можливість зробити загальний висновок про те, що правильне визначення договірних відносин, у яких перебувають сторони, є необхід­ною передумовою правильного визначення предмета позову, з яким сторона, чиї права та інтереси порушено, звертається До суду.

Наведена справа відображає відносини, пов'язані з надан­ням послуг. І тому важливо встановити, за допомогою якого договору (комісії, доручення, підряду) опосередковані відно­сини сторін. Це є важливим у зв'язку з тим, що вид договору зумовлює предмет позову, а також вказує на те, яка із сторін може виступати позивачем.

З матеріалів справи випливає таке1.

Об'єднання "Житомирнерудпром" та українсько-ліванське спільне підприємство "Бейрут" уклали договір від 18 червня 1993 р. № 18/6, відповідно до якого СП "Бейрут" зобов'яза­лося укласти від імені і для об'єднання договір поставки това­ру — мазуту кількістю 1 тис. тонн за ціною 300 тис. крб. за 1 тонну. На виконання цього договору СП "Бейрут" уклало з акціонерним товариством "Екорамбус—Україна" договір про спільну діяльність від 18 червня 1993р. № 34/93, в якому передбачено, поряд з іншими послугами, придбання і поста­чання продукції.

Відповідно до цього договору та договору від 18 червня 1993р. № 18/6 СП "Бейрут" погодило протокол на придбання

' Збірник рішень та арбітражної практики Вищого арбітражного суду України. — К., 1995 — № 1. — С. 114.

***731***

***Договір доручення***

і поставку 1 тис. тонн мазуту за ціною 250 тис. крб. за 1 тонну, в якому постачальником мазуту є АТ "Екорамбус—Україна", а одержувачем — об'єднання "Житомирнерудпром". Одержу­вач здійснює оплату за поставлений мазут СП "Бейрут" для подальших розрахунків спільного підприємства з постачаль­ником — АТ "Екорамбус", після чого проводиться відванта­ження мазуту на адресу об'єднання.

Таким чином, СП "Бейрут" виконало зобов'язання за дого­вором від 18 червня 1993р. № 18/6, уклавши для об'єднання "Житомирнерудпром" угоду на поставку мазуту кількістю і за ціною, вказаними об'єднанням, і гарантувало постачальни­кові оплату вартості мазуту. Згідно з цим договором об'єднан­ню "Житомирнерудпром" 25 червня 1993р. було поставлено 1084,401 тонн мазуту. Вантажовідправником мазуту є Дро­гобицький нафтозавод, якому вартість мазуту було сплачено постачальником — АТ "Екорамбус—Україна".

Об'єднання прийняло спірний мазут, зарахувало його за ціною 300 тис. крб. за 1 тонну і використало на свої потреби. Однак об'єднання не оплатило вартості мазуту СП "Бейрут".

Доводи об'єднання про невиконання ним зобов'язання грунтуються на тому, що об'єднання не одержувало мазут від СП "Бейрут"; за спірним відправленням мазут було відванта­жено Дрогобицьким нафтозаводом; СП "Бейрут" не подало документи на підтвердження того, що воно є власником

мазуту.

Вищий арбітражний суд України своїм рішенням договір між СП "Бейрут" і ВО "Житомирнерудпром" від 18 червня 1993р. № 18/6 розірвав та зобов'язав ВО "Житомирнерудп­ром" повернути СП "Бейрут" 1084,401 тонн мазуту.

У справі, що коментується, СП "Бейрут" і ВО "Житомирне­рудпром" уклали договір № 18/6, який може бути визначений як договір доручення. Але згодом ці відносини переросли у договір комісії. Виконуючи доручення об'єднання, СП "Бей­рут" уклало договір від 18 червня 1993р. № 34/93, згідно з яким третя особа — АТ "Е корамбуо—Україна" поставила об'єднанню мазут. Об'єднання прийняло мазут і, використав­ши його на свої потреби, не оплатило при цьому його вартості. Така протиправна поведінка призвела до збитків СП "Бей­рут", які й було відшкодовано шляхом винесення судового рішення.

732 Глава 28

***2.* Зміст договору доручення**

Зміст договору доручення, як спільного юридичного акта сторін, становлять, по-перше, умови, щодо яких сторони дійшли згоди, і, по-друге, ті умови, що прийма­ються ними як обов'язкові на підставі чинного законодавства.

Зміст договору, як відомо, розкривається через права та обов'язки його учасників, визначені умовами договору.

Сторонами договору доручення є повірений і довіритель.

Повірений—особа, яка зобов'язується виконати юридичні дії; довіритель — особа, яка доручає повіреному виконати всі Дії.

Повіреним і довірителем можуть бути дієздатні громадяни та юридичні особи.

Слід мати на увазі, що юридичні особи повинні діяти в межах статутної правоздатності, а громадяни, які укладають і виконують договори доручення з комерційною метою, мають бути зареєстровані як підприємці.

У зв'язку з питанням правоздатності юридичних осіб, які є повіреними, слід звернути увагу на представницьку діяльність з приватизаційними паперами.

Наказом Фонду державного майна України від 25 листопа­да 1993 р. ЇМ6 514 затверджено Інструкцію "Про умови ліцен­зування представницької діяльності з приватизаційними паперами". Інструкцію розроблено відповідно до законів України "Про приватизацію майна державних підприємств", "Про приватизаційні папери і фондову біржу" та Декрету Кабі­нету Міністрів України "Про довірчі товариства". Вона визна­чає процедуру ліцензування представницької діяльності, яку проводять довірчі товариства.

Суть представницької діяльності довірчих товариств поля­гає в тому, що вони обмінюють приватизаційні папери на паї, акції, що здійснюється представниками від імені, за рахунок і на ім'я власників приватизаційних паперів.

Головним обов'язком повіреного є виконання доручення відповідно до вказівок довірителя (ч. 1 ст. 388 ЦК).

Вимога особисто виконати доручення стосується лише юридичних дій, що становлять предмет договору. Для здій­снення фактичних дій, які супроводжують юридичні дії, пові­рений може залучити інших осіб, зокрема перекладача для

***733***

Договір доручення

участі у переговорах, друкарку для підготовки документів. Причому залучення помічників допускається без повідомлен­ня про це довірителя, оскільки ці особи не виконують юридич­них дій.

Але, якщо в договорі доручення є прямі вказівки на нероз-голошення інформації будь-яким особам, з якими не пов'я­зане виконання юридичних дій, повірений звичайно повинен зберігати конфіденційність інформації.

Особисте виконання доручення повіреним може стати не­можливим через об'єктивні причини (хвороба, дія неперебор­ної сили і т.ін.). Якщо за таких умов інтереси довірителя вима­гають невідкладного здійснення відповідних юридичних дій, а повірений не міг попередньо направити запит довірителеві або не отримав своєчасної відповіді на свій запит, він може передати виконання доручення іншій особі (ч. 2 ст. 388 ЦК). В цьому разі повірений зобов'язаний повідомити довірителя про передачу виконання доручення іншим особам (ч. З ст.388 ЦК).

Таким чином, договір доручення належить до тих цивільно-правових договорів, за якими допустиме лише особисте вико­нання.

Відповідно до ст.389 ЦК України повірений має право передати виконання доручення іншій особі (заступникові) лише у двох випадках:

1) копи він уповноважений на це договором;

2) змушений до цього силою обставин з метою захисту інтересів довірителя.

Частина 2 ст.389 ЦК України визначає застереження, що повірений відповідає за вибір заступника. На практиці може виникнути проблема щодо тлумачення цієї частини статті. Є всі підстави для проведення аналогій між статтями 68 і 389 ЦК України. Йдеться про те, що повірений не відповідає за дії заступника, якщо проти його кандидатури не заперечував довіритель. Оскільки повірений діє в інтересах довірителя, він зобов'язаний виконувати доручення відповідно до вказівок

довірителя.

Вказівки довірителя визначають, як мають реалізовува­тися повноваження повіреного. Наприклад, повірений упов­новажений здійснити угоду купівлі-продажу будинку. Вказівки довірителя можуть стосуватися покупки, місця розташування будинку, його технічних характеристик.

Глава 28

Якщо повірений відступить від вказівок довірителя (наприклад, підвищить купівельну ціну), виконання дії зобов'я­зують довірителя перед третіми **особами,** але видають йому право на відшкодування збитків за рахунок повіреного. Тобто має місце невиконання повіреним своїх обов'язків у договір­ному зобов'язанні з усіма обставинами, що випливають звідси (ст. 203 ЦК).

На повіреного покладається обов'язок повідомляти довіри­телеві на його вимогу всі дані про хід виконання доручення, що дає йому можливість впливати на виконання доручення.

Після виконання доручення повірений зобов'язаний без зволікання надати довірителеві звіт з додатком документів, які підтверджують здійснення повіреним юридичних дій і витрат. Форма звіту законом не передбачена, і тому він може бути наданий як в усній, так і в письмовій формі. Але якщо договір передбачає письмову форму звіту, то звичайно надається письмовий звіт.

Істотний обов'язок повіреного — термінова передача довірителеві всього отриманого у зв'язку з виконанням дові­реного (майна, фошових сум, документів).

Цим обов'язком повірений кореспондує обов'язок довіри­теля прийняти від повіреного все виконане за договором. Довіритель зобов'язаний прийняти виконання без зволікання після того, коли він отримав повідомлення від повіреного (ч. 1 ст. 391 ЦК).

Повірений діє за рахунок довірителя. Із цього випливає два обов'язки довірителя (в законодавстві вони регламентовані ч. 2 п. 2 і п.З ст.391 ЦК):

1) забезпечити повіреного коштами, необхідними для ви­конання доручення;

2) відшкодувати повіреному фактичні збитки, які були необ­хідні для виконання доручення.

Витрати повіреного мають бути необхідними і будь-яка кількісна межа для них не встановлена. Якщо навіть сторони погодили розмір витрат у договорі, це не є забороною повіре­ному вимагати оплати додаткових витрат за умови, що вони були потрібні для ведення справи.

Якщо довіритель не виконає названі обов'язки, його можна вважати боржником.

**735**

При укладенні сплатних договорів доручення довіритель зобов'язаний також виплатити повіреному винагороду за на­лежне виконання договору.

Строк у договорі доручення визначається з урахуванням характеру доручення, яке має реалізовувати повірений. Якщо повірений виконує доручення у строки, визначені дого­вором, прострочення тягне за собою відшкодування збитків, виплату неустойки, якщо це передбачено договором. На практиці частіше сторони не вказують точний термін виконан­ня. Вони лише визначають повний період часу, протягом якого бажано виконати доручення.

Договір доручення припиняється на загальних підставах припинення договорів, тобто у зв'язку з виконанням повіре­ним обов'язків з реалізації повноважень.

Крім того, закон (ст. 392 ЦК) встановлює інші підстави припинення договору доручення, а саме:

1) скасування договору довірителем;

2) відмова повіреного;

3) смерть довірителя або повіреного, визнання будь-якої із сторін договору недієздатною, обмежено дієздатною або безвісно відсутньою;

4) припинення юридичної особи, яка є стороною договору. Особисто-довірчий характер взаємовідносин довірителя і повіреного зумовлює те, що угода про відмову довірителя від свого права анулювати доручення, а повіреного відмовитися від нього у будь-який час є недійсною. Це правило імпе­ративне, воно не залежить від мотивів відмови.

Наприклад, сторони уклали договір доручення, в якому записали умову про те, що повірений не має права відмови­тися від виконання доручення або довіритель не має права скасувати доручення. Ця умова угоди може бути визнана недійсною як така, що суперечить ч. 2 ст. 392 ЦК України.

Якщо доручення припиняється внаслідок скасування його довірителем, то у разі необхідності захисту інтересів повіре­ного припускається, що доручення зберігає чинність, поки повірений не дізнався або повинен був дізнатися про припи­нення доручення (ч. З ст. 392 ЦК).

Якщо повірений відмовився від договору за умов, коли довіритель позбавлений можливості замінити його чи інакше забезпечити свої інтереси, то повірений зобов'язаний

**738 *Глава 28***

відшкодувати збитки (ч. 4 ст. 392 ЦК), завдані припиненням ' договору. .

На практиці може виникати проблема у зв'язку із застосу- *у*ванням п.4 ч. 1 ст. 392 ЦК України, а саме — припинення до­говору внаслідок припинення юридичної особи. Відомо, що припинення юридичної особи можливе шляхом ліквідації або реорганізації (ст. 37 ЦК). Але припинення договору доручення можливе не тільки при реорганізації юридичної особи.

Враховуючи можливість припинення частково виконаного договору доручення, закон передбачає механізми захисту інтересів сторін.

У разі припинення частково виконаного договору доручен­ня довіритель збов'язаний винагородити повіреного відповід­но до виконаної роботи, якщо винагороду передбачено дого­вором або затвердженими у встановленому порядку прави­лами, а також до зазначених умов відшкодувати збитки.

Але якщо повірений узнав чи повинен був узнати про припинення доручення, довіритель не виплачує винагороду і не відшкодовує збитки, якщо повірений продовжує викону­вати доручення.

Характерною ознакою договору доручення є те, що закон встановлює обов'язок на спадкоємців померлого повіреного, а також на ліквідатора юридичної особи, яка була повіреним (ст. 394 ЦК).

У разі смерті повіреного його спадкоємці зобов'язані пові­домити довірителя про припинення договору доручення І вжити заходів щодо охорони майна довірителя.

Такий самий обов'язок покладається на ліквідатора юридичної особи, яка була повіреним.

Глава 29. Договір комісії

**§ 1. Поняття, сторони та сфера застосування договору комісії**

Суб'єкти торговельної діяльності, які спе­ціалізуються на виробництві і реалізації товарів, завжди заці­кавлені в тому, щоб знизити загальний рівень товарних запасів, зменшити загальну кількість торговельних операцій і в той же час наблизитися до споживача.

Законодавство України, що регулює посередницьку діяль­ність у сфері товарообігу, істотно відстає від торговельної практики. Незважаючи на те, що фактично в торговельній діяльності беруть участь торгові агенти, брокери, консигнато­ри і консигнанти і т.д., законодавство України не визначає їх юридичний статус та суть діяльності.

У міжнародній практиці торгове посередництво виражаєть­ся у таких видах послуг, кредитування сторін, рекламні заходи, страхування товарів та ін.

Щоб зрозуміти суть договору комісії,, необхідно звернутися до норм міжнародного торгового права і звичайно до норм цивільного права України.

Визначення договору комісії дано у ст. 395 ЦК України. За договором комісії одна сторона (комісіонер) зобов'язується за дорученням другої сторони (комітента) за винагороду вчинити одну або кілька угод від свого імені за рахунок комітента.

З даного визначення можна зробити висновок, що за до­говором комісії вчиняються угоди не безпосередньо особою,

24 О. Дзера

***738 Глава 29***

зацікавленою в їх кінцевому результаті, а за її дорученням і за її рахунок іншою особою.

За угодами, що їх укладає комісіонер з третіми особами, набуває права і стає зобов'язаним комісіонер, а не комітент, бо він укладає угоди хоч і за рахунок комітента, але від свого імені. Це характерна риса договору комісії.

Слід розрізняти внутрішні правовідносини комітента з комі­сіонером, що встановлюються договором комісії, і зовнішні правовідносини комісіонера з третіми особами, з якими він укладає угоди за дорученням комітента. Треті особи при укладенні договору з комісіонерами не мають ніякого відно­шення до комітента. Із зовнішньої сторони комісіонер висту­пає перед третіми особами як власник товару, як сторона до­говору. Укладаючи договір з третіми особами від свого імені як самостійний розпорядник товару, комісіонер передає покупцеві право власності, незважаючи на те, що він не є власником проданого товару. За комітентом право власності на комісійне майно зберігається до того моменту, поки воно не продано комісіонером і не перейшло у власність третіх осіб. Якщо майно індивідуально-визначене, то право власності зберігається за комітентом до моменту укладення договору купівлі-продажу між комісіонером і третьою особою. Якщо майно визначено родовими ознаками, то право власності зберігається за комітентом до моменту передачі комісіоне­ром цих речей третій особі. Кінцевим правовим результатом є той, який настає при вчиненні комісіонером угод з третіми особами.

Внутрішня сторона взаємовідносин між комітентом і комісіонером де в чому має спільні риси із взаємовідносина­ми довірителя і повіреного. Основою таких взаємовідносин є договір дорученням

Схожість договору доручення та договору комісії полягає в тому, що і в договорі доручення є третя особа, а також у тому, що на підставі цих договорів одна сторона (повірений чи комісіонер) укладає угоди в інтересах другої сторони (довіри­теля чи комітента). Але між ними існують і істотні відмінності. Так, за договором комісії комісіонер укладає угоди від свого імені, а за договором доручення повірений виступає від імені довірителя. У комісіонера виникають права **та** обов'язки щодо третьої особи, повірений же ніяких прав та обов'язків за

***Договір комісії 739***

укладеними угодами не набуває. Договір комісії зумовлює виникнення двох правовідносин: між комісіонером і комі­тентом, комісіонером і третіми особами. За договором дору­чення ніяких правовідносин між повіреним і третіми особами не виникає, вони існують лише між довірителем і третіми особами.

Для договору комісії необхідно, щоб намір комісіонера перенести на іншу особу наслідок даних угод з третіми осо­бами збігся з наміром комітента прийняти на себе наслідки угод, що укладаються. Комісіонер укладає угоди не для себе, а для комітента, що дав доручення, тому комісіонер зобов'я­заний передати комітентові майно, отримане для нього, а також набуті для нього права та обов'язки. Тобто, якщо у зовнішніх правовідносинах спочатку носієм усіх прав та обо­в'язків за угодами з третіми особами є комісіонер, то внаслі­док внутрішніх правовідносин між комітентом і комісіонером майнові наслідки цих угод мають бути зрештою перенесені на комітента.

Для виникнення договору комісії потрібна згода сторін. Інакше кажучи договір комісії вважається укладеним з того моменту, коли у відповідній до закону формі сторони виявили свою взаємну волю щодо всіх істотних умов договору. Це означає, що права та обов'язки сторін з'являються ще до передачі майна комітентом комісіонерові.

Договір комісії є двостороннім, тобто таким, у якому кожна сторона (комісіонер і комітент) має певні права та обов'язки. Звідси випливає, що договір комісії є сплатним, адже кожна сторона зобов'язується вчинити на користь іншої сторони певну дію. Зокрема комісіонер зобов'язується укласти на користь комітента передбачену договором угоду, а комі­тент — сплатити обумовлену винагороду. Ознака оплатності є настільки характерною, що право на винагороду у комітента виникає незалежно від того, чи було воно спеціально перед­бачено договором. Хоч договір комісії між громадянами може бути і безоплатним, проте не тому, що це передбачено законом, а тому, що на це є воля сторін.

Сторонами договору комісії є комітент і комісіонер. *Комітент—* це особа, яка доручає в її інтересах і за її рахунок іншій особі вчинити певні угоди. *Комісіонер —* це особа, яка вчиняє угоди або інші юридичні дії від свого імені за рахунок

740 Глава 29

комітента. Комісіонером можуть бути як громадяни, так і юридичні особи. Комісіонерами, як правило, виступають відповідні організації у межах своєї спеціальної правоздат­ності, зокрема державні та кооперативні комісійні магазини, зовнішньоторговельні організації. Згідно з Правилами комі­сійної торгівлі непродовольчими товарами, затвердженими наказом Міністерства зовнішніх економічних зв'язків і торгівлі України від 13 березня 1995 р. № 371 учасниками сторін тор­говельного процесу на комісійних засадах є господарюючий суб'єкт, що приймає товар на комісію (комісіонер), і грома­дянин, підприємство, установа, організація, які здають товар на комісію (комітент). Дозволяється приймати на комісію вироби кооперативів, малих підприємств, громадян, які за­ймаються індивідуальною трудовою діяльністю і т.д. Господа­рюючим суб'єктам за рішенням місцевих органів державної виконавчої влади дозволяється приймати певне майно від державних організацій, кооперативних, сімейних, колектив­них та приватних підприємств, установ, вузів, тобто у Прави­лах перелічені суб'єкти, які можуть бути комітентами.

Крім комітента і комісіонера, у відносинах комісії бере участь третя особа, з якою комісіонер укладає угоду в інте­ресах комітента. Не будучи стороною у договорі, третя особа в принципі є учасником комісійних відносин у стадії виконан­ня договору, оскільки вона набуває тих прав, які мав комітент щодо майна. Проте, сам по собі цей перехід прав не пов'язує у правовому відношенні комітента і третю особу, адже третя особа не може заявити претензії до комітента щодо якості на­бутого майна, так само і комітент не може стягнути вартість майна з третьої особи. Комітент і третя особа не відповідають один перед одним, з усіма претензіями кожен з них може звертатися лише до комісіонера.

Договір комісії має широку сферу застосування як у внут­рішньому, так і зовнішньому оборотах. Договір комісії уклада­ють комісійні магазини з громадянами, іншими юридичними особами на продаж товарів широкого вжитку. Організації споживчої кооперації укладають договори комісії з виробни­ками щодо продажу лишків сільськогосподарської продукції. Договір комісії укладають також з підприємствами, товарни-

Законодательство о торговле. — К., 1997. — Ч. 2. — С. 349.

Договір комісії 741

ми біржами для реалізації матеріалів, устаткування тощо. Громадяни, які займаються підприємницькою діяльністю, і виробничі кооперативи реалізують через комісійні магазини товари, що виготовляють. Зовнішньоторговельні об'єднання також виконують комісійні доручення організацій на закупівлю імпортних товарів за кордоном.

Як особливий вид договорів, договір комісії регулюється законодавством ФРН, Франції та Швейцарії. У країнах з дуалістичною системою приватного права договір комісії роз­глядається як торгова угода і регулюється торговими кодек­сами. Найбільш повно договір комісії і пов'язані з ним відно­сини врегульовано в Німецькому цивільному праві та швей­царському зобов'язальному законі. В сучасному обігу договір комісії опосередковує різного роду банківські опе­рації. Відносини між комісіонером і комітентом у цих держа­вах регулюються погодженими сторонами умовами комісії, спеціальними нормами торгового законодавства і торговими звичаями.

У праві Великобританії та США договору комісії як такого немає. Там існує так званий агентський договір, згідно з яким одна особа (агент) вчиняє дії за дорученням і за рахунок іншої особи (принципала)2. Створений в основному судовою прак­тикою Великобританії агентський договір нині не лише широке використовується в майновому обігу всередині держав за­гального права, а й є також одним із найпоширеніших видів міжнародних угод. Агентський договір може бути спрямо­ваний на вчинення як юридичних, так і фактичних дій, кінце­вою метою яких є встановлення договірних зобов'язань між принципалом і третьою особою. Як правило, агент діє від імені принципала і відповідно укладені ним або за його сприянням угоди створюють права та обов'язки безпосередньо для принципала. Судова практика допускає й інші способи вступу агента у відносини з третіми особами при здійсненні покладе­ного на нього принципалом доручення, а саме: а) агент має право діяти від свого імені, не розкриваючи перед третьою особою існування принципала; б) агент може вказати на те,

Див.: Гражданское и торговое право капиталистических государств. — М„ 1993. — С. 367.

2

Там само. — С. 373,

742 Глава 29

що він виступає за дорученням і за рахунок принципала, не розкриваючи його ім'я. Незалежно від того, як виступає агент у відносинах з третіми особами, економічний результат вчинених ним угод лягає на принципала. Незалежно від спо­собу виступу агента— це, як підкреслюють англійські юристи, становить одну з особливостей права Великобританії порів­няно з континентальним правом — принципал має право пред'являти вимоги з укладеної агентом угоди безпосередньо до третьої сторони за наявності у агента повноваження на вчинення тієї чи іншої дії. Визнані судовою практикою Велико­британії та США способи виступу агента при здійсненні взя­того ним на себе перед принципалом зобов'язання (вчинення як юридичних, так і фактичних дій) свідчать про те, що агент­ський договір призначений регулювати відносини, опосеред­ковані в континентальному праві трьома видами договорів, а саме договором доручення, договором комісії і договором про посередництво. Агентський договір є важливою підста­вою створення відносин з товарного представництва1.

Різновидом комісійних операцій є операції консигнації. До операцій консигнації належать операції з реалізації товарів, згідно з якими одна сторона (консигнатор) зобов'язується за дорученням іншої сторони (консигнанта) протягом певного часу (терміну угоди) за обумовлену винагороду продати з консигнаційного складу від свого Імені товари, що належать консигнантові. Такий договір часто зустрічається у зов­нішньоекономічній діяльності, зокрема при низькому освоєн­ні ринку збуту або при поставці таких товарів, які мало відомі місцевим покупцям. На відміну від договору комісії, у договорі консигнації не може встановлюватися право консигнатора на відшкодування йому витрат по зберіганню майна консигнан­та. Всі витрати по зберіганню сплачує консигнатор. Постав­лений на консигнацію товар є ніби пробною поставкою. Укла­даючи договір консигнації, сторони перш за все визначають у ньому обов'язки, пов'язані з маркетинговим дослідженням ринку збуту. У договорі консигнації передбачається обов'язок консигнатора не тільки здійснювати рекламу товару, а й над­авати можливість потенційним покупцям безпосередньо

Див.: Гражданское и торговое право капиталистических государств. — С. 373—374.

Договір комісії 743

оглядати товар, перевіряти його в роботі тощо. Як і в договорі комісії, право власності на товар до моменту його продажу третій особі належить консигнантові і до консигнатора не переходить.

**§ 2. Предмет договору комісії**

Стаття 395 ЦК України визначає, що предметом договору комісії є угода чи угоди, які комісіонер укладає з третіми осо­бами за рахунок комітента. Чинне законодавство не дає переліку угод, які можуть бути предметом договору комісії. Тому такими угодами можуть бути будь-які угоди, що відповідають вимогам цивільного законодавства. Зде­більшого це купівля-продаж речей, страхування або від­правка певних вантажів тощо. Тобто предметом договору комісії є юридичні акти (угоди), а не фактичні дії, як, наприк­лад, у договорах перевезення, схову тощо.

Здійснюючи угоду купівлі-продажу товарів, комісіонер діє за рахунок комітента, тобто він не купує товари у комітента, який залишається власником цих товарів до передачі їх у роз­порядження остаточного покупця. З цього моменту власни­ком товарів є остаточний покупець, а комісіонер лише протя­гом певного часу володіє товаром, що продається, але ніколи не є його власником.

Майно, з приводу якого може бути вчинений комісійний договір, частіше точно визначається у нормативних актах. У них часто вказуються речі, які не підлягають прийняттю на комісію. Так, у Правилах комісійної торгівлі непродовольчими товарами1 дано приблизний перелік речей, з приводу яких можуть бути і не можуть бути укладені договори комісії. Зок­рема, на комісію приймаються непродовольчі товари, придат­ні для використання, як нові, так і ті, що були у користуванні. але не потребують ремонту чи реставрації і відповідають санітарним вимогам, а також антикварні й унікальні речі та твори мистецтва. Господарюючим суб'єктам за рішенням

Законодатепьство о торговле. — Ч. 2. — С. 350.

**744 *Глава 29***

місцевих органів державної виконавчої впади дозволяється приймати від відповідних організацій конфісковане, безгоспо­дарне майно і те, що перейшло у спадщину до держави, ви­лучене у громадян для відшкодуваня заподіяної шкоди на виконання вироків і рішень суду, від державних, коопе­ративних, сімейних, колективних і приватних підприємств, ус­танов та організацій — лишки товарно-матеріальних цін­ностей, які можуть бути реалізовані населенню, крім заборо­нених законом.

Не приймаються для комісійного продажу такі товари:

зброя, боєприпаси (крім мисливської і спортивної зброї і боє­припасів до неї, а також холодної зброї, спеціальних засобів, заряджених речовинами сльозоточивої та дратівної дії, які продаються громадськими об'єднаннями з дозволу органів внутрішніх справ), бойова і спеціальна військова техніка, вибухові речовини і вибухові засоби, отруйні речовини, на­ркотичні психотропні та отруйні засоби, лікувальні засоби та вироби медичного призначення, державні еталони одиниць, фізичних величин, армійське спорядження, тканини та інші товари військового асортименту, формене обмундирування, білизна із штампом установи, організації, підприємства, га­зові плити і балони до них без документа служби газового гос­подарства, що підтверджує їх придатність для використання, товари побутової хімії, товари з простроченим терміном збе­рігання, товари від неповнолітніх віком до 18 років, піротех­нічні вироби, іграшки для дітей віком до трьох років.

**§ 3. Форма, порядок укладення та строк договору комісії**

Відповідно до ст.396 ЦК України договір комісії незалежно від складу його учасників і суми укладається у письмовій формі. Мається на увазі проста письмова форма. Недодер­жання такої форми позбавляє сторони права в разі спору посилатися для підтвердження угоди на покази свідків (ст. 46 ЦК). Залежно від виду договору комісії комісійне доручення

Договір комісії 745

може оформлятися різними документами, зокрема квитанцією, нарядом тощо. Згідно з Правилами комісійної торгівлі непродовольчими товарами1 громадяни України повинні пред'являти паспорт або документ, що його замінює, іноземні особи — відповідну посвідку на проживання в Україні або національний паспорт з відміткою про перебування в Україні.

Договір комісії на продаж сільськогосподарської продукції може бути укладений шляхом видачі колгоспові накладної організації споживчої кооперації, яка приймає продукти. У договорі (накладній) зазначається найменування продуктів, дата їх прийняття, ким здано продукти, їх кількість і якість, а також продажна ціна, встановлена за погодженням сторін, строки розрахунків (ч. 2 ст. 396 ЦК).

Товари або продукцію від юридичних осіб приймають відповідно до товарно-супровідних документів та за наявності інформації про товар (щодо якості, кількості тощо), викладеної згідно із законодавством про мови. Нові товари вітчизняного та зарубіжного виробництва приймають на комісію за наяв­ності у комітента — господарюючого суб'єкта (крім фізичної особи, яка не має статусу підприємця-громадянина) доку­ментів, що підтверджують належну якість товарів, а товари, що підлягають обов'язковій сертифікації, — за наявності сертифіката відповідності або його копії чи свідоцтва про визнання іноземного сертифіката у державній системі сертифікації.

Товари, що не підлягають обов'язковій сертифікації в Україні, приймаються на комісію за наявності гігієнічного висновку державної санітарно-гігієнічної експертизи на імпортовану продукцію. Якщо на завезені з-за кордону партії товарів, що були у вжитку, відсутні дані щодо їх безпеки для здоров'я населення, то приймання на комісію таких товарів, їх реалізація та використання дозволяються лише після отри­мання позитивного висновку державної санітарно-гігієнічної еспертизи. Гарантійні терміни на нові товари встановлює виробник. Щодо товарів, на які гарантійні терміни не встанов­лено, покупець має право пред'явити продавцеві (виробни­кові) відповідні вимоги, якщо недоліки виявлено протягом

Законодательство о торговле. — С. 351.

746 Глава 29

шести місяців від дня передачі товарів покупцеві. Відпо­відальність за відповідність товарів характеристикам, вка­заним у квитанціях, несе комісіонер1.

Приймаючи товари на комісію, комісіонер на кожну одиницю товару виписує квитанцію у двох примірниках і то­варний ярлик. Перший примірник квитанції видається комі­тентові, другий залишається у комісіонера. Товарний ярлик повинен мати той самий номер, що і квитанція. Для дрібних речей виписується цінник із зазначенням номера квитанції та ціни реалізації товару. При продажу товару товарний ярлик або цінник з нього не знімається Згода комітента з умовами здавання товару на комісію, його продажу та умовами повер­нення не реалізованого товару підтверджується підписом комітента у двох примірниках квитанції. Якщо комітент не згоден з цими умовами, комісіонер має право відмовити е прийманні товару.

Технічно складні товари, на які не вийшли гарантійні терміни користування, приймають на комісію разом з паспор­том і гарантійним талоном, що при продажу передаються покупцеві.

При здачі товару на комісію комітент за домовленістю з комісіонером встановлюють ціну на комісійний товар на під­ставі ринкового попиту. Працівники господарюючого суб'єкта зобов'язані інформувати комітента про існуючі ціни на товари, які здаються на комісію. Продажна ціна речі, прийня­тої комісійним магазином, визначається угодою сторін, але вона не повинна перевищувати державних роздрібних цін на відповідні речі. Продажна ціна антикварних та унікальних речей, творів мистецтва встановлюється комісійним магази­ном за спеціальною оцінкою. Продажна ціна лишків сільсько­господарських продуктів, прийнятих організацією споживчої

Наказ Міністерства зовнішніх економічних зв'язків і торгівлі України вів 8 липня 1997 р. № 342 "Про внесення змін і доповнень до Правил комісійної торгівлі непродовольчими товарами", затверджених наказом МЗЕЗторгу від 13 березня 1995 р. № 37\* // Урядовий кур'єр. — 1997. — 6 листопада.

2

Інструкція про порядок оформлення суб'єктами господарювання операцій при здійсненні комісійної торгівлі непродорвольчими товарми:

Зате. наказом Міністерства зовнішніх економічних зв'язків і торгівлі України від 8 липня 1997 р. № 343 // Закон і бізнес. — 1997. — № 46.

Договір комісії 747

кооперації від колгоспів для продажу на комісійних засадах, визначається угодою сторін (частини 1. 2, і 4 ст. 401 ЦК).

У певних випадках може бути знижена ціна на товар, що зданий на комісію і не реалізований протягом встановленого строку (60 календарних днів). Зокрема, якщо товар не реалі­зовано у строк, то ціна може бути знижена на ЗО відсотків від встановленої сторонами первинної вартості товару, а якщо товар не реалізовано протягом наступних 15 днів, то ціни знижують на 40 відсотків від залишкової ціни після першого зниження.

Раніше вказаних строків може бути знижена ціна на зданий товар на вимогу комітента. В даному випадку уцінка товару відображається на всіх примірниках квитанцій, де ставиться підпис комітента, і на товарному ярлику. Товари, прийняті на комісію, виставляються в торговельному залі для продажу не пізніше наступного дня після прийняття.

Для продажу певних товарів комісійний магазин повинен мати ліцензію, зокрема спортивну і мисливську вогнепальну зброю та боєприпаси до неї, а також холодну зброю, спеціаль­ні засоби, заряджені сполуками сльозоточивої і дратівної дії, магазин реалізує на підставі ліцензії встановленої форми, яка видається органами внутрішніх справ.

Будь-яка особа може купити товар зданий на комісію. При продажу товару продавець виписує товарний чек, де зазна­чається номер чи найменування торговельного підприєм­ства, номер товарного ярлика, назва товару, гарантійні тер­міни, ціна реалізації, дата продажу та прізвище продавця.

Певні товари можуть купувати лише громадяни, які мають на це дозвіл органів внутрішніх справ за місцем проживання. Це, зокрема, стосується тих товарів, які можуть продавати комісійні магазини, що мають ліцензію. За набуті комісійні товари покупець може розрахуватися готівкою. Також покуп­цям дозволяється за згодою комісіонера проводити розра­хунки через установи банків з їх особистих рахунків. Якщо комісійні товари знімаються з продажу, то це оформляється актом, і товари повертаються комітентові на підставі пись­мового розпорядження керівника суб'єкта господарювання.

Чинне законодавство не визначає терміну договору комісії. Договір комісії може бути укладений як з вказівкою строку його виконання, так і без вказівки строку. Проект ЦК

**748 *Глава 29***

України (ст.1069)1 встановлює, що договір комісії може бути укладений на певний строк або без зазначення строку його чинності, із зазначенням або без зазначення території його виконання.

Законодавство, зокрема наказ МЗЕЗторгу України "Про внесення змін і доповнень до Правил комісійної торгівлі не­продовольчими товарами" від 8 липня 1997 р.2 встановлює строк реалізації товару, що зданий на комісію, — 60 кален­дарних днів. Після закінчення цього строку товар повер­тається комітентові або на нього знижується ціна.

**§ 4. Права та обов'язки сторін за договором комісії**

Як зазначалося вище, договір комісії є двостороннім, отже сторони договору пов'язані взаємними правами та обов'язками. Обов'язки однієї сторони водночас є правами другої сторони. Основним обов'язком комісіонера є виконання узятого на себе доручення відповідно до вка­зівок комітента і на умовах, найвигідніших для комітента (ст. 399 ЦК). Будучи самостійним контрагентом щодо третьої особи, комісіонер повинен здійснити в інтересах комітента всі права та виконати всі обов'язки, які випливають з угоди з третьою особою, укладеною для виконання доручення. Що стосується комітента, то комісіонер зв'язаний з ним умовами даного доручення. Наприклад, умова про продажну ціну речі, яку прийнято на комісію, визначається угодою сторін, і комісіонер на свій розсуд, не має права змінити ціну, вказану в договорі. Лише у виняткових випадках, якщо комітент не з'являється для переоцінки речі за викликом, магазин знижує ціну відповідно до правил. Комісіонер має право відступати від вказівок комітента в тих випадках, якщо за обставинами справи це необхідно в інтересах комітента і комісіонер не міг попередньо запитати комітента або не одержав своєчасно

Цивільний кодекс України. Проект у редакції від 25 серпня 1996 р. / Українське право. — 1996. — С. 326.

2

Урядовий кур'єр. — 1997. — 6 листопада.

Договір комісії 749

відповідь на свій запит. Наприклад, у разі необхідної термі­нової реалізації продукції, що швидко псується.

Комісіонер зобов'язаний виконати взяте на себе зобов'я­зання на умовах, найвигідніших для комітента. Як правило, у договорі комісії встановлюється порядок визначення ціни, за якою комісіонер продає товари комітенту. Вона може вста­новлюватися як мінімальна (з наданням комісіонеру права визначати кінцеву продажну ціну) або як максимальна, але при цьому в договорі обумовлюється, щоб підвищення ціни не призвело до зниження попиту на товар. Якщо комісіонер укладе угоду на умовах вигідніших ніж ті, які були зазначені комітентом, то вся вигода надходить комітентові, якщо в до­говорі не передбачено інше.

Часто відступи від вказівок комітента стосуються ціни, за якою комісіонер має продати майно. Якщо комісіонер про­дасть майно за ціною більш низькою без згоди на це комітента або за відсутності поважних причин, він зобов'язаний відшко­дувати комітентові різницю між цінами.

По-іншому вирішується питання, коли комісіонер купить майно за ціною вищою, ніж призначив йому комітент. Якщо комітент не бажає прийняти таку покупку, він зобов'язаний заявити про це комісіонерові без зволікання, після одержан­ня повідомлення про укладення угоди з третьою особою. В іншому випадку купівля визнається прийнятою комітетом. Комісіонер, який купив майно за ціною, вищою ніж обумов­лена комітентом, може прийняти різницю в ціні на свій раху­нок. Внаслідок цього комітент не зазнає збитків від підвищен­ня ціни і тому не має права відмовитися від укладеної для нього угоди (ч. 2 ст. 400 ЦК). /

Комісіонер повинен виконати всі обов'язки та здійснити всі права, що випливають з угоди, яку він уклав з третьою особою (ч.1 ст. 402 ЦК). Проте може статися так, що укладену комісіонером угоду виконує сама третя особа. За загальним правилом, комісіонер не відповідає перед комітентом за невиконання третьою особою (покупцем) своїх зобов'язань за угодою, зокрема за несплату вартості набутого товару. Перед комітентом комісіонер відповідає лише за дійсність угоди, а не за її виконання третьою особою. Але якщо у дого­вір комісії буде включено положення про обов'язок комісіо­нера переконатися у платоспроможності покупця, комітент матиме право вимагати від комісіонера відшкодування збит-

750 Глава 29

ків. У зв'язку з тим, що такий обов'язок комісіонера прямо не випливає із закону, а є додатковим, комісіонер має право на окрему винагороду за її виконання. Угода про це називається делькредере (ч. 2 ст. 402 ЦК) і застосовується, як правило, в операціях зовнішньої торгівлі, коли, наприклад, експортно-імпортна організація на зовнішньоторговельному ринку за­лучає як комісіонера іноземну фірму чи особисто діє як комісіонер.

Якщо третя особа порушує угоду, яку уклав з нею комісіонер, останній зобов'язаний без зволікання повідомити про це комітента, зібрати і забезпечити необхідні докази, а комітент, який отримав таке повідомлення, має право вима­гати передачі йому вимог, які має комісіонер щодо цієї особи. В даному випадку комітент виступає як особа, якій комісіонер передав свої права, а для третьої особи контрагентом зали­шається комісіонер.

Після виконання комісійного доручення комісіонер зобо­в'язаний передати комітентові отримані гроші (якщо доручен­ня стосувалося реалізації товарів) або товари (якщо доручен­ня стосувалося їх набуття), а також передати комітентові усі права щодо третьої особи, які випливають з угоди, зокрема право вимагати оплати товарів, набутих через комісіонера у кредит. Комітент зобов'язаний у свою чергу прийняти все отримане за угодою, оглянути набуті для нього комісіонером товари і повідомити останнього про недоліки, якщо вони є, щоб він мав можливість пред'явити продавцеві (третій особі) відповідні претензії або позов і, крім того, звільнити комісіо­нера від зобов'язань, прийнятих ним на себе по виконанню доручення перед третьою особою.

Захищаючи інтереси комітента, комісіонер, у фактичному володінні якого перебуває майно комітента, має право пред'явити позов. від свого імені до третіх осіб як за згодою комітента, так і без його згоди. Комісіонер має право пред'явити вимоги, які відповідають характерові його право­відносин з третіми особами (договірні, позадоговірні). Пре­тензії та позови пред'являються від імені комісіонера (комі­тента), але за рахунок комітента.

Обов'язком комісіонера є збереження майна, яке переда­но на комісію, від пошкодження і втрати. Комісіонер відпові­дає перед комітентом за його втрату і пошкодження. Відпо­відальність комісіонера у разі порушення цього обов'язку

Договір комісії 751

настає лише за умови, якщо майно пошкоджено з вини комісіонера. У такому разі останній повинен відшкодувати комітентові заподіяні збитки. Для звільнення від відповідаль­ності комісіонер має довести, що втрата **або** пошкодження майна відбулися за обставин, які він не міг відвернути при до­держанні всіх запобіжних заходів.

Комісіонер після прийняття товарів від комітента або після набуття товарів для комітента зобов'язаний не допустити їх втрату, недостачу або пошкодження, а якщо вони сталися з його вини .то відшкодувати комітентові збитки. Приймаючи товари, комісіонер зобов'язаний оглянути їх, перевірити їх якість і кількість. Якщо при огляді буде виявлено пошкодження або недоліки, комісіонер повинен застосувати заходи щодо охорони прав комітента і терміново повідомити його про це. Невиконання комісіонером цих обов'язків тягне за собою відшкодування ним завданих комітентові збитків. Такий самий обов'язок виникає у комісіонера, якщо він не виконав умов договору про страхування майна або коли це майно підлягало обов'язковому страхуванню відповідно до закону. При цьому комісіонер повинен відшкодувати збитки в сумі, яку за пошкоджене або втрачене майно можна було б отри­мати у вигляді страхового відшкодування.

Виконавши доручення, комісіонер зобов'язаний подати комітенту звіт і передати йому все одержане за виконаним дорученням, а також передати комітентові на його вимогу всі права щодо третьої особи, які випливають з угоди, укладеної комісіонером з цією третьою особою. Якщо комітент має за­перечення по звіту, він зобов'язаний повідомити про них комісіонера протягом трьох місяців з дня одержання звіту. В противному разі звіт, за відсутності іншої угоди, вважається прийнятим (частини 1 і 2 ст. 404 ЦК).

Комісіонер за свою посередницьку діяльність отримує від комітента винагороду, яка вказана у договорі. Це може бути певний відсоток від суми угоди, а в зовнішньоторговельних угодах закон допускає визначати комісійну винагороду як частину різниці між призначеною комітентом ціною і тією вигіднішою ціною, за якою комітент укладе угоду. Такі самі правила встановлено і для винагороди, за делькредере, тобто тут розмір комісійної винагороди також визначається пого­дженням сторін, якщо інше не встановлено законом.

752 Глава 29

Крім винагороди, комітент зобов'язаний відшкодувати комісіонерові витрати, пов'язані з виконанням ним доручен­ня. Це можуть бути витрати з транспортування, навантажен­ня, розвантаження та інші, але лише ті, які є дійсно необ­хідними, щоб забезпечити належне виконання покладеного на комісіонера доручення.

За загальним правилом, комісіонер не має права на відшкодування витрат зі зберігання майна, яке перебуває у нього. Проте, договором можуть бути встановлені й інші умови.

Всі витрати з доставки сільськогосподарських продуктів, що здаються на комісію, до зазначеного у договорі місця їх продажу відносяться за рахунок комітента, якщо у договорі не передбачено інше.

**§ 5. Припинення договору комісії**

Договір комісії може бути скасований в односторонньому порядку комітентом, але він зобов'язаний сплатити комісіонерові комісійну винагороду за укладені ним до скасування доручення угоди, а також відшкодувати йому завдані перед цим витрати. Комісійна винагорода не спла­чується, якщо комітент скасовує доручення до укладення комісіонером відповідних угод з третіми особами. Комісіонер у такому разі має право лише на відшкодування зроблених ним витрат, а комісійний магазин— і витрат зі зберігання речі (ст. 412 ЦК).

Якщо комітент скасував доручення, він повинен протягом місяця з дня одержання відмови розпорядитися майном, яке є у комісіонера (ч. 2 ст. 411 ЦК). Коли в цей строк комітент не розпорядиться майном, яке перебуває у комісіонера, комі­сіонер має право здати це майно на зберігання за рахунок комітента, з метою покриття своїх вимог до комітента, про­дати його за можливо більш вигідною для комітента ціною.

Комісіонер не може, якщо інше не передбачено законом, відмовитися від виконання доручення, за винятком випадків, коли це зумовлено неможливістю виконати доручення або

Договір комісії 753

порушенням комітентом договору комісії. Обов'язок комісіо­нера — повідомити комітента про свою відмову в письмовій формі. Договір комісії зберігає свою чинність протягом двох тижнів з дня одержання комітентом повідомлення комісіо­нера про відмову виконати доручення (ст. 410 ЦК). Якщо комісіонер відмовиться від договору внаслідок неможливості його виконати, яка настала з вини комітента, то він, крім відшкодування заподіяних витрат, має право отримати комі­сійну винагороду відповідно до виконаної ним частини дору­чення.

Комісійне доручення припиняється також у разі смерті комітента, визнання його недієздатним, обмежено дієздат­ним, безвісти відсутнім, а також внаслідок припинення юри­дичної особи, яка виступає як комітент. Але комісіонер зобов'язаний продовжувати виконання даного йому доручен­ня поки від правонаступників чи представників комітента не надійдуть відповідні вказівки (ст. 409 ЦК).

Розділ VI. Спільна діяльність

Глава ЗО. Поняття та основні види зобов'язань за спільною діяльністю

**Роль зобов'язань за спільною діяль­ністю.** У процесі задоволення своїх економічних (майнових) та інших інтересів у суб'єктів цивільних правовідносин вини­кає необхідність у кооперації (від лат. соореrатіо — співробіт­ництво), тобто у спільній діяльності, змістом якої може бути об'єднання майна, трудових зусиль, організація співпраці тощо для досягнення загальної мети. Ця необхідність може бути зумовлена різними чинниками, зокрема: відсутністю в особи достатніх фінансових коштів, майна, досвіду, знань, технологій тощо для здійснення будь-якого виду діяльності;

неможливістю здійснювати певний вид діяльності без партнерів через юридичні (нормативно-правові) вимоги (організація та діяльність фондової біржі, комерційного банку, здійснення довірчих операцій, страхової діяльності, прове­дення ломбардних операцій); бажанням отримати певні пільги, наприклад, податкові; прагненням уникнути чи зменшити ризики тощо.

Правове регулювання спільної діяльності для досягнення загальної для Ті учасників мети має давню історію. Вже рим­ське право містило досить детальні положення про договір спільної діяльності, який став прообразом усіх сучасних видів зобов'язань цієї групи, в тому числі і установчих договорів торгових (господарських) товариств.

**Специфічні риси зобов'язань за спільною діяльністю.** Серед різних видів договірних зобов'язань, які відображають процес обміну у суспільстві, зобов'язання за спільною

Зобов'язання за спільною діяльністю 755

діяльністю посідають окреме місце. Це зумовлено особливос­тями, властивими даному виду цивільних правовідносин.

Усі дослідники як головну класифікаційну ознаку цих зобов'язань називають спільну діяльність осіб для досягнення будь-якої загальної мети, що не суперечить законові.

Ці зобов'язання дуже часто об'єднують більше двох учас­ників. Причому кожний учасник зобов'язань за спільною діяльністю виступає водночас як боржник і як кредитор. Але жодна із сторін не може вимагати виконання для себе особисто, так" само як і не повинна виконувати зобов'язання безпосередньо іншій стороні. Взаємні права та обов'язки учасників опосередковані необхідністю досягнення загальної

мети.

На відміну від таких видів зобов'язань, як купівля-продаж, міна, дарування, поставка тощо, де відбувається перехід майна від одного власника до іншого, у зобов'язаннях за спільною діяльністю майно часто об'єднується у спільну власність.

Іншою характерною особливістю зобов'язань за спільною діяльністю є наявність у сторін загального інтересу на відміну, зокрема, від зобов'язань купівлі-продажу, майнового найму (оренди), в яких інтереси сторін протилежні: одна особа має на меті передати (продати, надати в оренду) майно та одер­жати за нього певну суму, а друга — набути майно у власність або у володіння і користування.

Спільна діяльність для досягнення загальної мети вимагає від учасників чіткої організації. Отже, зобов'язання за спільною діяльністю мають чіткий організаційний характер.

Важливою ознакою цих правовідносин е те, що сама суть спільної діяльності передбачає, як правило, певну зовнішню реалізацію, іншими словами, вона потребує від сторін всту­пати у відносини з третіми особами.

Зобов'язання за спільною діяльністю часто мають трива­лий характер із зазначенням строку або з невизначеністю строку їх дії.

Важливою рисою зобов'язань **за** спільною діяльністю є їх особистий характер.

**Основні види зобов'язань за спільною діяльністю.** За­лежно від особливостей співробітництва, цілей, що ставлять перед собою його учасники, та інших чинників зобов'язання

**756 *Глава ЗО***

за спільною діяльністю оформляються у певні організаційно-правові форми.

Існують дві основні організаційно-правові форми та два основні види зобов'язань за спільною діяльністю.

По-перше, учасники можуть обрати організаційно-правову форму їх спільної діяльності, що не передбачає створення юридичної особи. В цьому разі відносини, що виникають між учасниками, оформляються у договорі про спільну діяльність, який є юридичним фактом або підставою виникнення зобов'язання за спільною діяльністю і містить усі істотні та інші умови взаємовідносин сторін.

По-друге, спільна діяльність учасників може бути спрямо­вана на здійснення співробітництва у межах самостійного суб'єкта права — юридичної особи. Тут на підставі правових вимог, що пред'являються до даного виду спільної діяльності, учасникам необхідно укласти установчий договір, який не тільки регулює їх спільну діяльність, а й визначає правовий статус створеної ними з цією метою юридичної особи.

Щодо того, чи можна установчий договір розглядати як різновид договору про спільну діяльність, існують різні думки. Так, Є.Суханов вважає, що спільна діяльність учасників юридичної особи не може регулюватися традиційним догово­ром про спільну діяльність. На його думку, цей договір не під­ходить навіть для регулювання відносин щодо створення юри­дичної особи1. Виняток становлять договори про створення засновниками майбутнього акціонерного товариства, адже такий договір не визначає правового становища створеної на його підставі юридичної особи2. На цій же підставі до категорії установчих не включаються договори між суб'єктами права про створення, зокрема, громадських організацій, фондів та інших формувань, які є юридичними особами. Такі договори за своїм характером є різновидом договорів про спільну

Див.: Гражданское право / Под рад. Е.А. Суханова. — Т. 2. — С. 371—376.

2

Нині цю думку вже закріплено в ст. 98 нового ЦК Російської Феде­рації. Закон України "Про господарські товариства" відносить цей договір до категорії установчих договорів. У проекті ЦК України пропонується вивести із розряду установчих не тільки договір про створення акціонерного товариства, а й договір про створення товариства з обмеже­но» або додатковою відповідальністю. Єдиним установчим документом для таких товариств пропонується зробити тільки статут.

***757***

Зобов'язання за спільною діяльністю

діяльність, оскільки містять лише положення про організаційні засади створення юридичної особи і не визначають Ті право­вого статусу і не виконують функції установчих документів. Так, заснування кредитної спілки здійснюється шляхом укла­дення Ті засновниками угоди, що визначає порядок та прин­ципи створення спілки, склад засновників, порядок підготовки проекту статуту та його затвердження. Тут також встанов­люється, що кредитна спілка Діє на основі статуту1.

Інші автори вважають, що установчий договір є різновидом договорів про спільну діяльність. На їх думку, діяльність осіб по створенню, наприклад, повного товариства та взаємо­відносини його учасників щодо управління повністю уклада­ються в рамки договору про спільну діяльність2.

Ми вважаємо, що хоч сучасне законодавство знає уста­новчий договір як окремий вид договірних зобов'язань, суди можуть застосовувати до цих правовідносин за аналогією із законом норми договору про спільну діяльність, якщо їх за­стосування не суперечить суті та призначенню торгових (гос­подарських) товариств.

**Підстави виникнення зобов'язань за спільною діяль­ністю.** З вищенаведеного видно, що ці зобов'язання вини­кають на підставі різних договорів. Основними їх видами є до­говори про спільну діяльність та установчі договори, в межах яких також існує поділ за різними критеріями. Так, договори про спільну діяльність можуть опосередковувати діяльність, що здійснюється як на основі поєднання вкладів учасників, так і без поєднання вкладів учасників. Частіше укладаються договори, в яких поєднуються вклади учасників. Але на прак­тиці трапляються й такі, за якими сторони зобов'язуються спільно діяти в загальному інтересі, не роблячи при цьому ніяких внесків (наприклад, договори про виробничу спеціалі­зацію, про різного роду співробітництво тощо). Ці договори можна назвати договорами про спільну діяльність у широкому розумінні. На цю обставину звернули також увагу комента-

' Указ Президента України "Про тимчасове положення про кредитні спілки в Україні" від 20 вересня 1993 р. № 377/93 // Урядовий кур'єр. — 1993. — 19 жовтня.

2 Див.: Гражданское право / Под рвд. А.П. Сергеева, Ю.К.Толстого. — Т. 2. — СПб., 1997.

758 Глава ЗО

тори ЦК Російської Федерації1. Проте чіткого законодавчого закріплення такого поділу в ЦК Російської Федерації немає. У проекті нового ЦК України договір про спільну діяльність трактується широко, зокрема пропонується таке його визна­чення: "За договором про спільну діяльність сторони (учас­ники) зобов'язуються спільно діяти без створення юридичної особи для досягнення будь-якої мети, що не суперечить за­конові" (ст. 1192). Таким чином тут називається загальна ознака всіх договорів про спільну діяльність, а саме — спільна діяльність для досягнення загальної мети. Якщо така діяль­ність здійснюється на основі поєднання вкладів учасників, такий договір називається договором простого товариства. Для всіх видів договорів про спільну діяльність проект ЦК України передбачає ще два загальні положення: 1) письмова форма договору; 2) учасникам договору надається велика диспозитивність у встановленні умов договору, якщо інше не передбачено законом про окремі види спільної діяльності.

**Нормативно-правове регулювання зобов'язань за спільною діяльністю.** Зобов'язання за договором про спільну діяльність спеціально передбачені главою 38 ЦК України. Положення цієї глави вже не відповідають потребам сучасного розвитку та потребують модифікації, яку запропоновано у главі 75 проекту ЦК України. Зобов'язання, що виникають з установчого договору учасників, регламенту­ються відповідними законодавчими актами залежно від обраних учасниками правових форм підприємництва (закони України "Про підприємства в Україні", "Про підприємництво", "Про господарські товариства", "Про банки і банківську діяльність", "Про страхування" тощо). Основні положення про установчі договори планується включити до нового ЦК України, зокрема до підрозділу "Юридичні засоби".

Див.: *Авилов ГЕ.* Простое товарищество. В кк.: Гражданский кодекс Российской Федерации. Ч. 2. Текст, комментарии, алфавитно-предметньїй указатель / Под ред. О.М. Козьірь, А.Л. Маковского, С.А. Хохлова. — М., 1996. — С. 562—563.

Глава 31. Договір простого товариства

**Поняття та юридична характеристика договору простого товариства.** Найпоширенішим догово­ром про спільну діяльність є договір простого товариства. Хоч чинний ЦК України цей термін не використовує, він містить у главі 38 положення саме про договір простого товариства, ознаками якого є не тільки спільна діяльність учасників для досягнення загальної мети, а й здійснення ними майнових вкладів. Правила цієї глави багато в чому застаріли, супере­чать ринковому законодавству останніх років і взагалі не спрямовані на ефективне регулювання спільної діяльності.

Відповідно до ст. 430 ЦК України за договорами про спільну діяльність сторони зобов'язуються спільно діяти для досягнен­ня загальної господарської мети. Ця стаття не містить вичер­пного переліку цілей спільної діяльності, оскільки передбачити в законі всю їх розмаїтість неможливо.

Слід зазначити, що останнім часом в Україні було прийнято цілу низку законодавчих актів, які зняли обмеження у здійс­ненні громадянами і юридичними особами господарської та іншої діяльності. Правовідносини, що виникли і склалися на новій нормативній базі, вийшли за межі правил деяких чинних законів, зокрема положень глави 38 ЦК України, що регулює зобов'язання за договором про спільну діяльність.

Раніше згідно зі ст. 430 ЦК України громадяни укладали до­говори про спільну діяльність для задоволення лише своїх особистих побутових потреб і тільки між собою. Юридичні особи могли укладати такий договір тільки для досягнення господарської мети. Проте законами України "Про власність",

***760 Глава 31***

"Про підприємництво", "Про підприємства в Україні", "Про зовнішньоекономічну діяльність" тощо ці обмеження було знято. Так, відповідно до ст. 4 Закону України "Про власність" власник має право вчиняти щодо свого майна будь-які дії, що не суперечать закону. Він може використовувати майно для здійснення господарської та іншої не забороненої законом діяльності, зокрема передавати його безоплатно або за плату у володіння і користування іншим особам. Окремо визна­чається право власника використовувати належне йому майно для підприємницької діяльності (ст. 6). Стаття 3 цього закону допускає об'єднання майна, що є власністю громадян і юридичних осіб.

Отже, суб'єктами (сторонами або учасниками) договору простого товариства виступають громадяни і юридичні особи. Проте участь юридичної особи у цих договорах має відпо­відати цілям, передбаченим її статутом. Щодо загальної мети договору про спільну діяльність, нове законодавство України припускає як господарську, так і іншу (зокрема, благодійну чи науково-дослідну) мету такого співробітництва.

Договори простого товариства, як і всі інші договори про спільну діяльність, можуть бути дво- та багатосторонніми уго­дами. Вони також вважаються *консенсуальними* договорами, оскільки для укладення їх досить згоди сторін і не потрібен сам факт передачі вкладів та здійснення спільних дій.

Багато суперечок у юридичній літературі виникає з приво­ду розв'язання питання про оплатність чи безоплатність договорів про спільну діяльність. Одні автори вважають, що договори про спільну діяльність є сплатними, оскільки кожний з учасників, який зробив майновий вклад, має право вима­гати від інших відповідного зустрічного задоволення1. Інші вчені обстоюють думку про безоплатний характер даних відносин, обґрунтовуючи її відсутністю матеріального еквіва­лента діям учасника/що зробив майновий вклад2.

На підставі аналізу договорів про спільну діяльність можна констатувати, що вони можуть бути як *сплатними,* так і *без­оплатними.* Такий критерій, як "зустрічне задоволення", не

Див.: Гражданское право. — М., 1993. — Т. 2. — С. 370; *Масляев А.И., Маспяев И.А.* Договорьі о совместной деятельности в советском гражданском праве. — М., 1988. — С. 18.

2

Див.: Советское Гражданское право. — М., 1980. — Т. 2. — С. 338

***761***

Договір простого товариства

завжди свідчить про оплатність договорів про спільну діяль­ність, адже оплатність (як ознака договорів купівлі-продажу, міни, поставки, майнового найму (оренди), комісії тощо) передбачає задоволення будь-яких майнових (економічних) інтересів, майнове задоволення. Наприклад, за договором про спільну діяльність по виробництву певної продукції один учасник зобов'язується надати приміщення, другий — зроби­ти вклад обладнанням для розміщення його у цьому примі­щенні. Тут дійсно один учасник задовольняє свої майнові інте­реси у потрібному йому приміщенні, а другий — в обладнанні, оскільки це майно спільно використовується. У випадках, коли сторони об'єднують майно, трудові зусилля для досяг­нення спільно благодійної мети, то задоволення ними май­нових інтересів (майнове задоволення) первісне відступає. У зв'язку з цим немає й ознаки оплатності даного договору, хоч сторони і роблять "зустрічне задоволення". Отже, найбільш прийнятним критерієм оплатності договорів про спільну діяль­ність є мета, що передбачає задоволення майнового (еконо­мічного) інтересу кожної із сторін.

**Різновиди договорів простого товариства.** Чинний ЦК України не містить вичерпного переліку різновидів договорів про спільну діяльність. Згідно із ст. 430 кодексу сторони мо­жуть укладати договори про спільну діяльність для будів­ництва шляхів, спортивних споруд, шкіл, Житлових будинків тощо. Крім того, цивільне законодавство надало права грома­дянам і юридичним особам вільно і без обмежень здійсню­вати господарську та іншу діяльність. Отже, суб'єкти права можуть обирати науково-технічне, виробниче, творче спів­робітництво.

Зовнішньоекономічне законодавство України, зокрема Закон України "Про режим іноземного інвестування" перед­бачає договори (контракти) про виробничу кооперацію, спіль­не виробництво та інші види спільної інвестиційної діяльності, не пов'язані із створенням юридичної особи.

Договори простого товариства поділяються на договори між українськими юридичними та фізичними особами і між ними та іноземними особами (зовнішньоекономічні договори про спільну діяльність). Спільна діяльність без створення юри­дичної особи, тобто в рамках неправосуб'єктного об'єднання між українськими та іноземними особами, регулюється гла­вою 38 ЦК України, якщо до договору застосовуватиметься

***762 Глава* 31**

українське право, положеннями законів України "Про зов­нішньоекономічну діяльність", "Про режим іноземного інвес­тування" та іншими законодавчими актами.

Сторони договорів простого товариства можуть мати на меті як отримання прибутку (доходу), так і досягнення іншого результату, зокрема соціального ефекту. У зв'язку з цим до­говори простого товариства поділяють на підприємницькі і такі, що передбачають немайнову мету (благодійну, наукову, освітню).

У багатьох країнах специфічним договором простого товариства є таємне товариство. Особливість такого догово­ру полягає втому, що сторони не розкривають його існування третім особам. Отже товариства існують тільки у відносинах між його учасниками. У відносинах з третіми особами сто­рони виступають від власного імені і самостійно відповідають за укладеними угодами.

**Зміст договорів простого товариства.** Договори просто­го товариства, як правило, укладаються у простій письмовій формі. Цей договір містить положення про предмет договору, про вклади, що роблять учасники договору, про ведення спільних справ учасників, про спільні витрати і збитки, строк дії договору та інші умови.

Предметом договору є той результат, на досягнення якого спрямовані дії учасників по об'єднанню вкладів та спільної діяльності. Оформлення предмета договору дає змогу визна­чити юридичну природу взаємовідносин учасників і на цій основі узгоджувати інші умови співробітництва.

Важливе місце у договорі займають права та обов'язки учасників. Вони встановлюються законом і договором. Недо­сконалі норми чинного законодавства встановлюють таке регулювання важливих питань.

Закон надає .учасникам договору простого товариства право брати участь у веденні спільних справ (ст. 431 ЦК), право на доходи від спільного майна відповідно до своєї частки (ст. 113 ЦК). Крім того, сторони договору можуть визначати також інші права, що доповнюють і розширюють надані законом.

Чітка організація спільної діяльності досягається шляхом закріплення у договорі цілого ряду обов'язків, що покладають­ся на учасників. Ці договірні обов'язки деталізують дії учасників у досягненні загальної мети і сприяють виконанню

***703***

і простого товариства

договору в цілому. За своїм характером вони можуть бути організаційними, виробничими та загальними. Так, до остан­ніх слід віднести обов'язки сторін додержуватися умов дого­вору, виконувати всі свої зобов'язання перед іншими сторо­нами, не розголошувати комерційну таємницю та конфіден­ційну інформацію про спільну діяльність тощо. Організаційні включають обов'язки учасників зробити визначені договором вклади.

Зокрема, учасники договору можуть робити вклади гроши­ма, будь-яким рухомим і нерухомим майном (землею, будівлями, спорудами, обладнанням) і будь-якими пов'язани­ми з ними майновими правами, акціями, облігаціями; грошо­вими вимогами та правом вимоги щодо виконання договірних зобов'язань, які мають вартість; будь-якими правами інтелек­туальної власності, що мають вартість, включаючи авторські права, права на винаходи, права на знаки для товарів і пос­луг, фірмові найменування, промислові зразки, ноу-хау тощо.

Учасники договору можуть робити вклади трудовою учас­тю (ст. 432 ЦК). Трудова участь — це обумовлена договором сукупність практичних дій учасника, що полягає в безпосе­редньому виконанні трудових функцій для досягнення резуль­тату (мети) спільної діяльності. В новому законодавстві слід передбачити, що вкладом у спільну діяльність можуть бути також знання, ділові зв'язки, ділова репутація тощо, вартість яких оцінюється сторонами.

Строки здійснення учасниками вкладів узгоджуються у до­говорі. Учасники можуть встановлювати договірну відпо­відальність за несвоєчасне виконання цього та інших обов'яз­ків як у формі штрафу (пені), так і у формі відшкодування збитків.

При укладенні договору простого товариства, визна­чається порядок ведення спільних справ учасників. Ведення спільних справ учасників договору означає здійснення у спільних інтересах усіх необхідних дій, що забезпечують чітке виконання умов договору і досягнення його мети. Це — керів­ництво та організація спільної діяльності, координація зусиль учасників договору, відносини з третіми особами, контроль і звітність тощо.

Учасники договору про спільну діяльність ведуть спільні справи за загальною згодою (ч. 1 ст. 431 ЦК). Такий порядок

***Глава 31***

передбачає, що при розв'язанні всіх питань спільної діяль­ності необхідна одностайність учасників.

Чинне законодавство не розрізняє керівництво спільною діяльністю та ведення спільних справ. Під останнім спід розуміти представництво інтересів товариства зовні.

Однак з різних причин (організаційного, економічного та іншого характеру) учасники за згодою між собою доручають керівництво їх спільною діяльністю одному з учасників дого­вору (ч. 2 ст. 431 ЦК). Якщо йдеться про співробітництво між юридичними особами, такого учасника прийнято називати головною організацією. Учасник, якому доручено керівниц­тво спільною діяльністю, приймає на себе ведення спільних справ учасників договору. Він діє лише у межах повноважень (прав та обов'язків), що визначаються у підписаному іншими учасниками договору дорученні.

Якщо за договором простого товариства здійснюються іно­земні інвестиції, учасники відповідно до вимог Закону України "Про режим іноземного інвестування" зобов'язані організувати окремий бухгалтерський облік та звітність про операції, пов'язані з цим доовором, і мають право на відкрит­тя спільних рахунків в установах банків України для прове­дення розрахунків, пов'язаних з виконанням цього договору.

У договорі учасники можуть визначити порядок покриття витрат, передбачених договором, збитків, що виникатимуть при виконанні договору. Якщо договором такий порядок не передбачається, то спільні витрати й збитки покриваються за рахунок спільного майна учасників (вкладів учасників догово­ру, майна, що створене або придбане внаслідок їх спільної діяльності). Якщо спільного майна учасників договору не вистачає для покриття усіх спільних витрат і збитків, то останні розподіляються між учасниками пропорційно їх вкла­дам у спільне майно (ст. 433 ЦК).

Договір про спільну діяльність припиняється, коли досягну­то його мети (цілей); закінчився строк дії (якщо такий строк учасники визначили у договорі); за загальною згодою учас­ників прийнято відповідне рішення; відбуваються події (дії), що роблять неможливим здійснення такої діяльності і не зале­жать від волі учасників, та в інших випадках, передбачених у законі або договорі.

При укладенні і виконанні договору простого товариства між .його учасниками (сторонами) здебільшого виникають

Договір простого товариства\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_

відносини спільної власності. Іншими словами, для майнових вкладів учасники договору, а також майна, яке буде створене (придбане) внаслідок їх спільної діяльності, встановлюється правовий режим спільної часткової власності. Очевидно, до­говором можна встановити й інший правовий режим внесе­ного майна.

Відносини власності, що виникають між учасниками дого­вору про спільну діяльність, регулюються Законом України "Про власність", ЦК України та іншими законодавчими актами.

Учасники договору про спільну діяльність володіють, корис­туються і розпоряджаються майном, яке перебуває у їх спільній частковій власності, за згодою між собою. Отже, будь-які дії щодо такого майна повинні узгоджуватися між усіма учасниками. Основні умови й напрями використання майна при спільній частковій власності встановлюються дого­вором.

Спільна часткова власність передбачає визначення частки кожного учасника договору. Якщо під час виконання договору придбавається яке-небудь майно (наприклад, засоби вироб­ництва), то частка кожного учасника в ньому визначається відповідно до співвідношення вкладів учасників, зазначених у договорі.

До об'єктів права спільної часткової власності за догово­ром простого товариства (майнові вклади, створене майно тощо) не належать прибуток (доход), частина виробленої про­дукції, що розподіляються між учасниками договору і надхо­дять у повне їх розпорядження.

Характер відносин у договорі простого товариства перед­бачає стабільність правових (організаційних, майнових) зв'язків між учасниками, без яких неможливо було б належ­ним чином здійснювати співробітництво. У зв'язку з цим закон забороняє учасникові договору розпоряджатися своєю часткою у спільному майні без згоди інших учасників (ч. З ст. 432 ЦК). Проте, якщо така згода отримана, учасник може відчужувати (оплатно або безоплатно) іншій особі свою частку в спільному майні (ч. 4 ст. 113 ЦК). При цьому учасник пови­нен додержуватися вимог закону про право привілейованої купівлі частки іншими учасниками договору.

На частку учасника договору про спільну діяльність за його особистими зобов'язаннями може бути звернено стягнення

***766 Глава 31***

третіми особами. Закон дає право кредиторові учасника-боржника пред'явити позов про виділення його частки для звернення на неї стягнення (ст. 116 ЦК).

Відносини спільної часткової власності між учасниками до­говору припиняються із закінченнім дії цього договору. Майно, що набуло статусу спільної часткової власності внаслі­док здійснення спільної діяльності, після необхідних розра­хунків з бюджетом та третіми особами розподіляється між учасниками договору пропорційно їх часткам (вкладам) у спільному майні, якщо учасники не погодили інший порядок розподілу результату їх спільної діяльності.

Практику застосування норм чинного законодавства сто­совно спільної діяльності узагальнено в роз'ясненні Президії Вищого арбітражного суду України "Про деякі питання прак­тики вирішення спорів, пов'язаних з укладанням та виконан­ням договорів про сумісну діяльність" від 28 травня 1995 р.

Як зазначалося вище, сучасне правове регулювання дого­вору простого товариства містить багато суперечностей та прогалин. У проекті нового ЦК України більш детально та правильно врегульовано питання вкладів у загальну справу, загального майна учасників, питання представництва перед третіми особами, відповідальності учасників за загальними зобов'язаннями. Усунуто такі прогалини, як регулювання припинення договору простого товариства, відмова учас­ників від безстрокового договору, відповідальність учасника, стосовно якого припинено договір, тощо.

52. Установчі договори

**Поняття установчих договорів та їх юридична характеристика.** Спільна діяльність окремих осіб може здійснюватися шляхом створення нового самостійного суб'єкта права — юридичної особи. Чинне законодавства України (закони України "Про підприємництво", "Про під­приємства в Україні", "Про господарські товариства", "Про цінні папери і фондову біржу", "Про банки і банківську діяль­ність", "Про страхування", Постанова Кабінету Міністрів України "Про порядок реєстрації адвокатських об'єднань" від 27 квітня 1993 р. № 302 та ін.) здебільшого вимагає при ство­ренні юридичної особи двома (кількома) засновниками укла­дати установчий договір.

Особливість і специфіка установчого договору полягають у тому, що він не тільки регулює взаємовідносини за спільною діяльністю (зокрема, відносини щодо створення юридичної особи та наділення її майном), а й визначає правовий статус юридичної особи, є складовою частиною установчих доку­ментів. Дія установчого договору після державної реєстрації (створення) юридичної особи зберігається та продовжується до моменту припинення її діяльності.

Установчі договори є дво- та багатосторонніми угодами, у зв'язку з цим кількість сторін у них не може бути менше двох. Вони є також консенсуальними угодами.

**Різновиди установчих договорів.** Внаслідок того, що ус­тановчі договори необхідні для створення різних за своїми за­вданнями і функціями юридичних осіб, їх предметне можна поділити на установчі договори страхових компаній, комер­ційних банків, довірчих товариств, фондових бірж, споживчих

768 Глава 32

товариств, адвокатських об'єднань, виробничих, торговель­них і посередницьких фірм, асоціацій, консорціумів, концернів та інших юридичних осіб.

Проте, незважаючи на таку розмаїтість, для багатьох на­званих юридичних осіб укладення установчого договору має грунтуватися на положеннях Закону України "Про господар­ські товариства". Це зумовлено тим, що деякі законодавчі акти (закони України "Про страхування", "Про банки і банків­ську діяльність", "Про цінні папери і фондову біржу"), які визначають правові форми підприємств, безпосередньо відсилають до Закону України "Про господарські товариства".

Цей закон передбачає два основні різновиди установчих договорів: ті, що діють водночас зі статутом юридичної особи (акціонерні товариства, товариство з обмеженою і това­риство з додатковою відповідальністю), та ті, які є єдиним установчим документом (повне і командитне товариство).

**Зміст установчих договорів.** Зміст установчих договорів, тобто сукупність умов спільної діяльності, встановлюється відповідними законами та сторонами установчих договорів.

Закон України "Про господарські товариства" визначає вимоги щодо змісту установчих документів шляхом перелі­чення певних положень, які мають бути закріплені у них. Однак цей перелік умов є спільним як для установчого дого­вору, так і для статуту. Так, ст. 4 цього закону встановлює, що установчі документи повинні містити відомості про вид товариства, предмет і цілі його діяльності, склад засновників та учасників, найменування та місцезнаходження, розмір, порядок утворення статутного фонду, порядок розподілу прибутків і збитків, склад та компетенцію органів товариства, порядок прийняття, ними рішень, включаючи перелік питань, які потребують одностайності або кваліфікованої більшості голосів, порядок внесення змін до установчих документів, порядок ліквідації і реорганізації товариства.

Інші закони ("Про банки і банківську діяльність", "Про цінні папери і фондову біржу" тощо) доповнюють Закон України "Про господарські товариства" визначенням переліку умов, які обов'язково повинні містити відповідно статути комерцій­ного банку, фондової біржі, установчий договір довірчого товариства.

***Установчі договори 769***

Перелік питань, які слід закріпити в установчому договорі, а які в статуті, визначається виходячи з юридичної природи та призначення кожного з цих документів.

При укладенні установчого договору сторони закріплюють перш за все свою волю на створення юридичної особи пев­ного виду. Це становить предмет установчого договору юридичної особи.

В установчому договорі засновники встановлюють поря­док спільної діяльності по створенню юридичної особи, умови передачі їй свого майна та участі в діяльності. Договором визначаються також умови та порядок розподілу між учасни­ками прибутку та збитків, управління діяльністю юридичної особи, виходу засновників (учасників) із її складу.

Зобов'язання учасників установчого договору складають­ся з виконання необхідних дій, спрямованих на передачу майна юридичній особі, яка створюється, здійснення органі­заційних заходів щодо її державної реєстрації та подальшу участь у діяльності юридичної особи.

Строки внесення вкладів можуть встановлюватися законо­давством або сторонами установчого договору. Наприклад, при створенні товариства з обмеженою відповідальністю учасники відповідно до вимог ст. 52 Закону України "Про гос­подарські товариства" зобов'язані до моменту реєстрації товариства внести не менше як ЗО відсотків вказаного в ус­тановчих документах вкладу, що підтверджується докумен­тами, виданими банківською установою.

Іншу частину вкладу учасник вносить не пізніше року після реєстрації товариства. Учасники установчого договору мо­жуть передбачити санкції за несвоєчасне виконання цього зобов'язання.

Учасники можуть робити вклади у вигляді будинків, споруд, обладнання тощо, цінних паперів, прав користування землею, водою та іншими природними ресурсами, будь-яких прав інтелектуальної власності, коштів тощо.

Для підприємств з іноземними інвестиціями Закон України "Про режим іноземного інвестування" дає перепік видів майна іноземного інвестора, що кваліфікується як іноземна інвестиція. Це, наприклад, конвертована валюта, права на здійснення господарської діяльності, включаючи права на користування надрами та використання природних ресурсів, наданих відповідно до законодавства або договорів, вартість

**25 О.** Дзера

770 Глава 32

яких у конвертованій валюті підтверджена згідно із законами (процедурами) країни-інвестора або міжнародними торго­вельними звичаями, інші цінності відповідно до законодавст­ва України.

Оцінку вкладів здійснюють учасники установчого договору згідно з порядком, що визначається ними. Іноземні інвестиції учасники оцінюють на основі цін міжнародних ринків.

В установчому договорі може міститися зобов'язання учасників не розголошувати комерційну таємницю та конфі­денційну інформацію1.

Обсяг прав та обов'язків учасників установчого договору залежить від обраної правової форми юридичної особи. Відповідно до ст. З Закону України "Про підприємства в Україні" асоціація є договірним об'єднанням, створеним з ме­тою постійної координації господарської діяльності. Асоціація не має права втручатися у виробничу та комерційну діяльність будь-якого з Ті учасників.

Однак, якщо підприємства (учасники) об'єдналися для спільної діяльності у корпорацію, то вони делегують окремі повноваження централізованого регулювання діяльності кожного з них.

Установчий договір набуває чинності з моменту його підписання усіма учасниками. З цього моменту між ними виникають правовідносини по створенню юридичної особи та діяльності в Ті межах, тобто зобов'язання спільної діяльності. Державна реєстрація установчого договору не має для нього юридичного значення, оскільки необхідна лише для того, щоб створене підприємство (організація) набуло прав юридичної особи.

Учасники установчого договору можуть протягом усього часу його дії вносити до нього зміни, які підлягають державній реєстрації.

Слід зауважити, що після державної реєстрації юридична особа стає власником майна, переданого їй засновниками (учасниками) у власність. У зв'язку з цим тут не виникають відносини спільної часткової власності, що мають існувати у договорах про спільну діяльність.

Постанова Кабінету Міністрів України "Про перелік відомостей, що не становлять комерційно'і таємниці" від 9 серпня 1993 р. № 611 / Урядовий кур'єр. — 1993. — 19 серпня.

Установчі договори 771

Чинне законодавство надає правонаступникам (спад­коємцям) учасників товариства переважне право вступу до них. В інших випадках учасники це право можуть спеціально передбачити в установчому договорі.

Правонаступники (спадкоємці) можуть відмовитися від вступу до товариства або, навпаки, учасники установчого до­говору можуть відмовити їм. У цьому разі правонаступникам (спадкоємцям) видається у грошовій чи натуральній формі частка майна, що належала спадкодавцеві.

Учасник створеної юридичної особи може за згодою решти учасників поступитися своєю часткою або її частиною одному чи кільком учасникам чи самій юридичній особі, а якщо уста­новчий договір не містить ніякої заборони на її відступлення, то й третім особам. При відступленні частки учасники користуються переважним правом її придбання пропорційно їх часткам у статутному капіталі або в іншому погодженому між ними розмірі.

Установчий договір (і створена ним юридична особа) припиняє свою дію після закінчення строку, на який він укла­дався, або після досягнення мети, поставленої при його ство­ренні, за рішенням вищого органу юридичної особи про при­пинення її діяльності, на підставі рішення арбітражного суду е порядку, встановленому Законом України "Про банкрутство та з інших підстав. Якщо при створенні юридичної особи уста­новчий договір набув чинності до державної реєстрації і як правовий регулятор зобов'язання самостійно існував у пра­вовому просторі і часі, то з моменту виключення юридичної особи з реєстру установчий договір втрачає свою чинність. Деякі його положення (наприклад, положення про конфі­денційність) можуть діяти і після припинення установчого до­говору.

До установчого договору застосовуються загальні норми цивільного законодавства про угоди, зобов'язання та ін.1

Роз'яснення Президії Вищого арбітражного суду України від 12 жовт­ня 1996 р. "Про деякі питання практики вирішення спорів, пов'язаних із створенням, реорганізацією та ліквідацією підприємств" / Збірник рішень та арбітражної практики Вищого арбітражного суду України. — 1997. № 1

25\*

Глава 33. Зобов'язання

у сфері інвестицій та виробничої

**кооперації**

**§ 1. Інвестиційні договори**

Законодавча база України є правовою основою іноземних інвестицій. Вона складається зі спеціаль­них нормативних актів та актів загального характеру, які покликані, крім інвестиційних, регулювати й інші відносини. Однак конкретні правовідносини щодо здійснення іноземних інвестицій регулюються договорами (контрактами). Зобов'я­зання сторін, які уклали інвестиційні контракти, не повинні суперечити положенням національного законодавства країни, що приймає інвестицію. Таким чином, договори (контракти) конкретизують положенням інвестиційного зако­нодавства.

У науковій юридичній літературі немає єдиної точки зору щодо правової природи цих договорів (контрактів). Існує дві основні концепції. Згідно з першою інвестиційні договори (контракти), особливо якщо однією із сторін є держава, на­лежать до категорії адміністративно-правових актів1. За дру-

Див.: *Ведвпь Н.* Административное право Франции. — М., 1973;

*Моаопин С.* Право США и акспансия американских корпорацій. — М., 1974; *Купагин М.* Государственно-монополистический капитализм и юридическое лицо. — М., 1987.

Зобов'язання у сфері Інвестицій та виробничої кооперації 773

гою інвестиційні договори (контракти) мають цивілістичну природу1. Остання, мабуть, більш прийнятна стосовно інвес­тиційних відносин. Адже, по-перше, регулювання іноземних інвестицій здійснюється на основі національного законодав­ства, яке включає як спеціальні нормативні акти, так і право­ву базу загального характеру. У Законі України "Про режим іноземного інвестування" (ст. 6) підкреслюється, що відноси­ни, пов'язані з іноземними інвестиціями в Україні, регулю­ються названим законом, а також іншими чинними на тери­торії України законодавчими актами та міжнародними дого­ворами. Крім того, в Законі є спеціальний розділ, присвя­чений різним видам договорів (контрактів), які передбачають здійснення іноземних інвестицій на основі договорів, що мають цивілістичний характер. І нарешті, договірні відносини не є об'єктом регулювання адміністративного права. Навіть якщо договір (контракт) укладається на основі адміністра­тивного акта, це відповідає ст. 4 ЦК України, згідно з якою цивільні права та обов'язки виникають з адміністративних актів.

З другого боку, стосовно адміністративного договору не­має єдності думок навіть у науці адміністративного права. Поряд із твердженням про визнання такого договору2 ви­словлюються сумніви щодо правильності такої точки зору3.

Прихильники теорії адміністративного договору схиляють­ся до думки, що змістом адміністративного договору є координація керівництва діяльністю підвідомчих організацій, а в ряді випадків і громадян. Не виключається можливість укладення адміністративних договорів і по вертикалі — між вищестоящими і підлеглими їм органами та організаціями. На відміну від цивільно-правового договору, дія якого, як прави­ло, поширюється на сторони, які беруть у ньому участь,

Див.: *Пунц П.* Курс международного частого права (особенная часть). — М., 1975; *Вознесвнская Н.* Иностранные инвестиции и смешанные предприятия в странах Африки. — М., 1975; *Косгик А.* Акционерное законодатепьство стран Ближнего Востока: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. — М., 1980.

**о**

Див.: *Ямпопьская У.* О теории административного договора // Совет-ское государство й право. — 1966. — № 10; *Новосепов В.* К вопросу об административных договорах // Правоввдение. — 1969. — Nв 3.

М.,1976.

Див.: *Козлов Ю.* Административное правоотношение. С. 183.

***774 Глава 33***

основна мета адміністративного договору полягає у коорди­наційній управлінській діяльності, що спрямована на третіх осіб. У тих випадках, коли в ролі таких третіх осіб виступають суб'єкти господарської діяльності, адміністративний договір виконує організаційно-планові функції. Саме тому адміні­стративний договір, згідно з першою точкою зору, виконує організаційні функції.

Причина такого розуміння договору зумовлена місцем цивільного та торговельного договору в політичній і правовій історії країни. Класична цивілістична суть договору в останні десятиріччя витіснялася адміністративним та державним правом. Від договору залишилася формально-юридична обо­лонка, а сам він перетворився на канал реалізації державного планового управління економікою1.

Інвестиційний договір не вкладається в рамки адміністра­тивного. Останній не має майнового характеру. До того ж сторони в адміністративному договорі виступають як органи управління. Не змінює природи цивільних відносин і участь держави як сторони у договорі (контракті). Адже згідно зі ст. 24 ЦК України установи та інші державні організації, які перебувають на державному бюджеті, у випадках, передба­чених законодавством, діють від імені України як держави.

Підтвердженням цивілістичної концепції природи договорів (контрактів), які опосередковують інвестиційні відносини, може бути Вашингтонська конвенція 1965 р. про розгляд інвестиційних спорів між державами та приватними особами інших держав. Практика здійснення інвестицій свідчить про тенденцію їх врегулювання в рамках міжнародного приватно­го права. Предмет регулювання останнього, як відомо, ста­новлять цивілістичні відносини. Тому, якщо навіть специфіку інвестиційних відносин розглядати через призму становлення інвестиційного права як частини міжнародного приватного права, а інвестиційні договори (контракти) — як інститут інвестиційного права, не можна заперечувати їх цивілістичну природу. Адже приватне право покликане регулювати відно-

Див.: *Кнсипь В., Шевченко Я.* Договорньїй процесе во внешнеторго-вой деятельности Украины / Реализация международно-правовых норм во внутреннем праве. — К., 1992. — С.204.

***775***

Зобов'язання у сфері Інвестицій та і

сини, які виникають за ініціативою та волею окремої особи1 (в даному випадку — інвестора).

Під договором розуміють угоду сторін, спрямовану на вста­новлення, зміну або припинення прав та обов'язків. За своєю структурою цивільно-правовий договір становить систему правових зв'язків між його учасниками, які діють у рамках визначеного періоду часу та спрямовані на досягнення пев­ного результату. Договір є однією з основних підстав виник­нення зобов'язань. Водночас договір є засобом конкретизації сторонами взаємовідносин, які базуються на спеціальній правовій базі, що регулює ці відносини.

Згідно із Законом України "Про зовнішньоекономічну діяльність" під зовнішньоекономічним договором (контрак­том) розуміють матеріально оформлену угоду двох або більше суб'єктів зовнішньоекономічної діяльності та їх іноземних контрагентів, спрямовану на встановлення, зміну або припи­нення їх взаємних прав та обов'язків у зовнішньоекономічній діяльності.

Держава в інвестиційному законодавстві регламентує форми здійснення та види іноземних інвестицій, правові га­рантії їх захисту, а також сфери можливого застосування. У договорі сторони на основі чинної нормативної бази регулю­ють взаємовідносини в галузі інвестиційної діяльності. Тому правовідносини між учасниками інвестиційної діяльності не завжди можуть охопити адміністративне чи міжнародне право, оскільки за своєю природою вони мають цивілістичний характер. Цей висновок базується на тому, що відносини учасників здійснюються на засадах рівності сторін. Крім того, змістом договору є згода двох або більше сторін, спрямована, як правило, на встановлення цивільних прав та обов'язків. Інвестиційний договір фактично застосовується у сфері гос­подарських відносин з участю іноземного елемента. Тому він спрямований на встановлення, зміну або припинення гос­подарських прав та обов'язків учасників інвестиційних відносин. Отже, конкретизуючим фактором є господарський характер договору (контракту) між учасниками інвестиційних відносин.

1 Див.: Азимов Й. О торговом и цивильном праве / Проблеми підготовки нового Цивільного кодексу України. — К., 1993. — С. 25.

776 Глава 33

Разом з тим інвестиційні договори (контракти) мають певні особливості. Насамперед це стосується суб'єктного складу договору. Однією зі сторін в інвестиційному договорі (конт­ракті) завжди є іноземний інвестор. Предметом такого дого­вору є іноземна інвестиція у будь-якому передбаченому за­конодавством України вигляді. Тому на такі договори поши­рюються (крім загальних цивілістичних норм) положення За­кону України "Про зовнішньоекономічну діяльність" та зако­нодавства про іноземні інвестиції.

Згідно із зазначеним законом зовнішньоекономічний договір (у тому числі інвестиційний) укладається в письмовій формі, якщо інше не передбачено законом або міжнародним договором України. У разі, якщо зовнішньоекономічний дого­вір (контракт) підписується фізичною особою, потрібен тільки підпис цієї особи. Від імені інших суб'єктів зовнішньоекономіч­ної діяльності договір (контракт) підписують дві особи: особа, яка має таке право згідно з посадою відповідно до установчих документів, та особа, яку уповноважено дорученням, підпи­саним керівником суб'єкта зовнішньоекономічної діяльності, якщо установчі документи не передбачають іншого.

Вимога щодо зазначеного порядку підписання зовнішньо­економічних договорів трансформувалася в українське зако­нодавство з Постанови Ради Міністрів СРСР "Про порядок підписання зовнішньоторговельних договорів". Сьогодні така вимога видається анахронізмом. Тим більше, що однією з тенденцій розвитку українського законодавства має бути однаковий підхід до регулювання схожих відносин з участю як вітчизняних, так і іноземних суб'єктів господарської діяль­ності. У цьому контексті необхідно закріпити однакові критерії стосовно форми зовнішньоекономічного (інвестиційного) договору.

Нині законодавство України декларує різний підхід до цього питання. Зокрема для угод, які опосередковують внут­рішній господарський обіг, недодержання відповідної форми тягне за собою її недійсність у випадках, прямо передбачених у законі. Недодержання простої письмової форми позбавляє сторони права у разі спору посилатися на показання свідків.

Недодержання письмової форми зовнішньоекономічних договорів та порядку їх підписання є підставою визнання їх недійсними. На наш погляд, такий підхід недостатньо обгрун­тований. Одним із наслідків визнання угоди недійсною є дво-

Зобов'язання у сфері Інвестицій та виробничої кооперації 777

стороння, одностороння реституція або недопущення рести­туції. Для застосування перелічених законом наслідків необхідно встановити, що саме виконано за угодою. Але у та­кому випадку фактично доводиться наявність самої угоди. Отже, немає потреби після встановлення факту укладення самої угоди визнавати її недійсною лише тому, що не додер-жано письмової форми. Тому щодо зовнішньоекономічних угод (інвестиційних контрактів) у законодавстві необхідно закріпити аналогічні підходи як і до угод, що опосередковують внутрішній господарський обіг, а саме—у разі недодержання простої письмової форми сторони позбавляються права посилатися на показання свідків і лише у випадках, прямо передбачених законом, така угода визнається недійсною.

Віденська конвенція 00Н про договори міжнародної купівлі-продажу товарів 1980 р. (Україна ратифікувала її в 1991 р.) не вимагає, щоб договір укладався або підтверджу­вався у письмовій формі. При цьому сторони можуть доводити його наявність будь-якими засобами, включаючи показання свідків (ст. 11 Конвенції). Але з даного загального правила є вельми важливий виняток. На основі ст. 96 назва­ної Конвенції держава, законодавство якої вимагає, щоб до­говори купівлі-продажу укладалися або підтверджувалися в письмовій формі, може заявити, що у випадках, коли одна зі сторін у договорі має своє комерційне підприємство в цій дер­жаві, не допускається укладення договору в усній формі. Україна скористалася застереженням про обов'язкову пись­мову форму для суб'єктів господарської діяльності, які зареєстровані на території України. Таким чином, інвести­ційні договори (контракти) повинні також укладатися лише в письмовій формі.

Інвестиційний договір (контракт) є знаряддям здійснення іноземних інвестицій. Застосування цієї правової форми дає можливість прискорювати економічний розвиток на основі використання ринкових законів. Кожна зі сторін інвестицій­ного договору (контракту) дбає лише про власні господарські інтереси. Але в кінцевому підсумку здійснення і використання іноземних інвестицій є неодмінними умовами розвитку про­дуктивних сил.

Цивілістична природа інвестиційного договору (контракту) як юридичного факту зумовлює його зміст. Останній визна­чається сукупністю умов інвестиційного договору (контракту).

***77В Глава 33***

Згідно з цивільним законодавством договір вважається укла­деним, коли між сторонами у належній формі досягнуто згодом з усіх істотних умов. Істотними вважаються ті умови договору, які визнаються такими законом або необхідні для договорів даного виду, а також усі ті умови, щодо яких за заявою однієї зі сторін має бути досягнуто згоди (ч. 2 ст. 153 ЦК).

Щоб визначити, які умови є істотними для інвестиційних договорів (контрактів), необхідно проаналізувати законодав­ство про іноземні інвестиції. Істотною умовою інвестиційного договору (контракту) є предмет. Останнім буде іноземна інвестиція в одному з видів, передбачених ст. 2 Закону України "Про режим іноземного інвестування". Тобто інвести­ційний договір (контракт) має специфічний предмет, в основі якого є інвестиція у вигляді, передбаченому чинним законо­давством. Водночас вказана стаття називає окремі види іно­земних інвестицій у статиці. Але предметом договору можуть бути дії, послуги і т. ін. Тому характеристика предмета інвестиційного договору була б неповною без урахування форм здійснення інвестицій. Таким чином, предметом інвестиційного договору (контракту) є іноземна інвестиція, здійснена в будь-якій формі, не забороненій законами України.

Оскільки інвестиційний договір (контракт) має тривалий ха­рактер, наступною істотною умовою є строк. Останній визначається певним періодом у часі. Необхідно відзначити, що у науковій літературі немає єдності думок щодо поняття строків та їх юридичної природи. Питання про роль та місце строків у цивільних правовідносинах можна розглядати з кількох сторін: а) строк як момент виникнення (початку) або припинення правовідносин; б) строк як одна з умов, що визначає його зміст; в) строк як критерій правомірності (своєчасності) поведінки учасників правовідносин.

Наведене певною мірою стосується й інвестиційних відно­син. Вкладення Іноземних інвестицій здійснюється в певні строки, що відображається у реєстраційному свідоцтві. Крім того, в інвестиційному договорі (контракті) загальний строк здійснення іноземної інвестиції може поділятися на окремі. Поділ строків у літературі та юридичній практиці на загальні та окремі є загальноприйнятим. Загальний строк збігається із загальним строком дії інвестиційного договору (контракту). Водночас важливе значення має встановлення окремих

***Зобов'язання у сфері Інвестиція та виробничої кооперації"'770***

строків. Умови про окремі строки виконання належать до істотних. Вони становлять зміст інвестиційного договору (кон­тракту), їх погодження (зокрема, при внесенні часток до ста­тутного фонду спільного підприємства, здійсненні виробничої кооперації) забезпечує чіткість і визначеність майбутніх взаємовідносин сторін у ході виконання інвестиційного дого­вору (контракту).

Характеризуючи предмет інвестиційного договору (контр­акту), необхідно звернути увагу на таку його сторону, як кількість. Здійснюючи іноземну інвестицію в одному з перед­бачених законодавством видів, потрібно вказати її кількісні параметри. Таким чином, характеристика умови щодо кіль­кості може здійснюватися аналогічно вимогам, передбаче­ним Положенням про форму зовнішньоекономічних догово­рів (контрактів), затвердженим наказом Міністерства зов­нішніх економічних зв'язків і торгівлі України від 5 жовтня 1995 р. № 75 (зареєстрований у Міністерстві юстиції України 9 жовтня 1995 р. за М'2 367/903)1. У цьому Положенні (роз­діл 1.4) кількісні показники визначаються залежно від номен­клатури одиниці виміру (в тоннах, кілограмах, штуках тощо). У тексті договору (контракту) на виконання робіт (надання по­слуг) встановлюються конкретні обсяги робіт (послуг) та термін їх виконання. Останні залежатимуть від конкретного виду іноземної інвестиції (кількості переданого обладнання, іншого майна, акцій, облігацій та ін.).

Але дану умову не треба плутати з іншою — ціною. Будь-яка іноземна інвестиція, що є предметом інвестиційного до­говору (контракту), повинна мати вартість у конвертованій валюті (за винятком реінвестування коштів, яке може здійснюватися у валюті України).

Спеціальною умовою, яка властива лише інвестиційним до­говорам (контрактам), є форма та об'єкт здійснення інозем­ної інвестиції. Щодо першої треба мати на увазі, що форми здійснення іноземних інвестицій передбачаються чинним за­конодавством. Стосовно об'єкта інвестиційної діяльності необхідно враховувати, що законами України можуть визна­чатися території, на яких діяльність іноземних інвесторів та

\* Урядовий кур'єр. — 1995. — 2 листопада

7ВО Глава 33

підприємств з іноземними інвестиціями обмежується або за­бороняється, виходячи з вимог національної безпеки.

Перелічені умови інвестиційних договорів (контрактів) є істотними. Тобто за відсутності однієї з цих умов інвестицій­ний договір (контракт) не вважається укладеним. При цьому умови щодо форми та об'єкта інвестування можна вважати необхідними для договорів, які опосередковують інвестиційні відносини. Перелік таких умов визначається шляхом з'ясу­вання змісту конкретного договору і чинного законодавства про іноземні інвестиції'.

В юридичній літературі, крім істотних умов договору, нерідко визначають звичайні та випадкові умови. Відсутність їх у договорі не впливає на його юридичну силу. Перші, як правило, мають диспозитивний характер. Випадкові умови для конкретного типу договору не характерні. Проте, якщо одна зі сторін наполягає на включенні до інвестиційного договору будь-якої умови, то остання набуває значення істотної.

Різноманітність інвестиційних договорів (контрактів) зумовлює необхідність їх класифікації. Класифікація дасть можливість виявити ознаки, спільні з іншими цивільно-пра­вовими договорами, сприятиме дальшому вдосконаленню та систематизації інвестиційного законодавства, кращому ви­вченню правової природи цих договорів. Класифікація інвестиційних договорів (контрактів) можлива на основі різних критеріїв.

У разі, копи для укладення договору досить тільки згоди сторін з усіх істотних умов, договір вважається консенсу-альним. У деяких випадках договори визнаються укладеними в момент вчинення дій, наприклад, передача предмета дого­вору на основі досягнутої раніше згоди. Такі договори назива­ються реальними.

На наш погляд, інвестиційні договори (контракти) можуть бути лише консенсуальними. Такий висновок базується на тому, що інвестиційні договори (контракти) мають бути укла­дені обов'язково у письмовій формі. Отже момент виникнен­ня прав та обов'язків збігається з часом досягнення згоди сторонами за всіма істотними умовами у визначеній законом формі.

Цивільно-правовий договір завжди є взаємною двосторон­ньою угодою. Залежно від співвідношення прав та обов'язків

***Інвестицій та виробничої кооперації 781***

кожної зі сторін договір може бути односторонньо і двосто­ронньо зобов'язальним. У першому — тільки одна зі сторін зобов'язана здійснити певні дії на користь іншої, а інша має до неї лише право вимоги. У другому договорі сторони взаємно беруть на себе певні зобов'язання. Але може бути договір, в якому беруть участь три і більше учасники. Зміст такого договору становлять взаємні права та обов'язки сторін, а сам договір є багатостороннім. Інвестиційні договори (контракти) можуть бути дво- або багатосторонні.

Один із критеріїв класифікації — сплатний чи безоплатний характер інвестиційних договорів (контрактів). Оплатність цивільно-правового договору означає, що майновому еквіва­лентові зі сторони одного контрагента відповідає аналогічне майнове забезпечення з іншої сторони. Стосовно інвестицій­них договорів (контрактів) питання оплатності має складний характер. Мета інвестиційної діяльності полягає в одержанні прибутку від реалізації інвестицій. Тому, на перший погляд, немає сумніву, що інвестиційні договори (контракти) мають сплатний характер. Водночас матеріальний еквівалент може не залежати безпосередньо від зустрічних дій контрагента, зокрема при здійсненні спільної підприємницької діяльності. У даному випадку зустрічне матеріальне задоволення Інвес­тор одержуватиме не безпосередньо від свого партнера по цій діяльності, а від здійснення інвестиції. Крім того, інвестиція може здійснюватися з метою досягнення соціального ефекту, зміст якого законодавство не розкриває.

За часом виконання розрізняють договори з одноразовим та тривалим виконанням. Договори з одноразовим виконан­ням передбачають виконання шляхом здійснення однієї дії протягом короткого проміжку часу. А договори з тривалим виконанням обов'язку здійснюються протягом тривалого часу.

Нарешті, інвестиційні договори (контракти), враховуючи сукупність економічних і юридичних ознак, можна диферен­ціювати на такі типи: а) договори про передачу майна у власність або оперативне управління з метою інвестиційної діяльності; б) договори про передачу майна в користування а метою інвестиційної діяльності; в) договори про передачу майнових прав; г) договори про спільну підприємницька діяльність; г) договори про виробничу кооперацію; д) дого­вори, спрямовані на придбання майна у власність або май-

782\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_Глава 33

нових прав з метою інвестиційної діяльності; е) договори про придбання (передачу) прав на використання інтелектуальної власності з метою інвестиційної діяльності; є) договори про придбання (передачу) цінних паперів та інших корпоративних прав; ж) договори про придбання майна у користування з метою інвестиційної діяльності.

В інвестиційних договорах (контрактах) важливе значення має визначення мети угоди (договору). За цим критерієм інвестиційний договір (контракт) можна відмежувати від схожих цивілістичних договорів. Як правило, під метою угоди розуміють той безпосередній правовий результат, якого на­магаються досягти сторони при його укладанні. Тобто мета договору ототожнюється зі змістом зобов'язальних право­відносин, які виникають на основі договору.

Відмінність інвестиційного договору (контракту) від інших договорів цивільного характеру полягає в тому, що такого роду договори (контракти) спрямовані на досягнення кінцевої мети — здійснення інвестицій. Звідси випливає висновок — інвестиційні договори (контракти) є різновидом цивільних договорів та правовою формою, за допомогою якої опосеред­ковується здійснення іноземних інвестицій.

В інвестиційному договорі (контракті), як і в цивільно-пра­вовому зобов'язанні загалом, жодна зі сторін щодо іншої не має владних повноважень. Не змінює ситуації участь такого суб'єкта договірних відносин, як держава.

Наявність владних повноважень у однієї сторони в кінце­вому підсумку може призвести до спонукання іншої сторони до укладення договору і визначення змісту договору в однос­торонньому порядку. А це суперечить природі залучення іно­земних інвестицій, яка базується на вільному волевиявленні потенційних інвесторів.

Інвестиційний договір (контракт) встановлює правовий зв'язок між учасниками інвестиційної діяльності. Разом з тим держава може активно впливати на зміст договору шляхом встановлення додаткових пільг або обмежень щодо окремих сторін здійснення іноземних інвестицій. Інвестиційний договір (контракт) за своєю суттю має майновий характер. У змісті договору, визначеному згодою сторін, виявляються індиві­дуальні майнові інтереси учасників інвестиційної діяльності, які не знайшли вираження в нормативних актах, покликаних регулювати здійснення іноземних інвестицій. Виходячи з

Зобов'язання у сфері Інвестицій та виробничої кооперації 783

аналізу перелічених особливостей інвестиційного договору (контракту), видається можливим запропонувати таке його визначення. Інвестиційний договір (контракт) — це угода двох або більше учасників інвестиційної діяльності, змістом якої є взаємні права та обов'язки, спрямовані на реалізацію іно­земних інвестицій з метою одержання прибутку або досяг­нення іншого соціального ефекту.

Враховуючи залежність інвестиційного договору (контрак­ту) на всіх стадіях інвестиційної діяльності від відповідної нор­мативної бази, необхідно відзначити, що останній виконує певні самостійні функції. Насамперед інвестиційний договір (контракт) конкретизує взаємовідносини учасників інвести­ційної діяльності, які базуються на нормативних актах про здійснення іноземних інвестицій.

Хоч договір не може суперечити чинному інвестиційному законодавству, він враховує в усіх деталях специфіку відно­син контрагентів, встановлюючи способи та порядок здій­снення іноземних інвестицій щодо конкретних умов. Крім того, інвестиційний договір (контракт) виконує регулятивну функцію, оскільки в ряді випадків інвестиційне законодавство надає можливість учасникам самостійно врегульовувати певні відносини в рамках, що визначені законом.

Серед інших функцій інвестиційного договору (контракту) можна виділити координацію інвестиційної діяльності учас­ників. Особливе значення ця функція має у разі здійснення інвестицій на підставі цивільно-правових угод із суб'єктами господарської діяльності України та у коопераційному спів­робітництві.

Важливою є функція контролю та захисту майнових інте­ресів учасників інвестиційної діяльності. Договірна дисцип­ліна — одна з умов досягнення мети інвестиційної діяльності. Крім того, інвестиційний договір захищає майнові інтереси сторін. Адже в нього можуть бути включені положення, які регламентують взаємну майнову відповідальність сторін у разі неналежного виконання своїх обов'язків.

Перепік названих функцій інвестиційного договору (контр­акту) є підтвердженням його ролі як важливого правового за­собу регулювання інвестиційної діяльності. Цим пояснюється введення в інвестиційне законодавство спеціальних поло­жень щодо здійснення іноземних інвестицій на основі договорів.

784 Глава 33

Зокрема, Закон України "Про режим іноземного інвесту­вання", як уже зазначалося, містить спеціальний розділ, при­свячений різним видам договорів (контрактів), які опосеред­ковують здійснення іноземних інвестицій без створення юридичної особи.

Таким чином, цивільно-правові договори відіграють важливу роль у врегулюванні питань здійснення іноземних інвестицій. За своєю структурою інвестиційний договір ста­новить систему правових зв'язків між його учасниками про­тягом певного часу, які спрямовані на досягнення конкрет­ного результату. Отже, інвестиційний договір (контракт) є правовою формою опосередкування у здійсненні іноземних інвестицій.

**§ 2. Правове регулювання договорів про виробничу кооперацію**

Однією з форм здійснення іноземних інвестицій є договори (контракти) про виробничу кооперацію, спільне підприємництво та інші види спільної інвестиційної діяльності, які не пов'язані зі створенням юридичної особи, якщо такі договори (контракти) передбачають здійснення іно­земних інвестицій на території України у видах, визначених Законом України "Про режим іноземного інвестування".

На зазначені договори (контракти) поширюються положен­ня Закону України "Про зовнішньоекономічну діяльність". Відповідно до цього закону міжнародною кооперацією визнається взаємодія двох або більше суб'єктів господар­ської діяльності (з яких хоч би один є іноземним), при якій здійснюється спільна" розробка або спільне виробництво, спільна реалізація кінцевої продукції та інших товарів на основі спеціалізації у виробництві проміжної продукції (дета­лей, вузлів, матеріалів, а також устаткування, що використо­вується у комплексних поставках) або спеціалізації на окремих технологічних стадіях (функціях) науково-дослідних робіт, виробництва та реалізації з координацією відповідних програм господарської діяльності. Водночас наведене визна­чення не містить характерних рис інвестиційної діяльності.

Зобов'язання у сфері Інвестицій та виробничої кооперації 785

Особливістю договірної практики у сфері кооперації є те, що в національних правових системах, як правило, немає спеціального законодавства, яке регулює відносини у цій галузі. З метою заповнення цієї прогалини Європейська еко­номічна комісія 00Н підготувала у 1976 р. Посібник по складанню міжнародних договорів про виробниче спів­робітництво.

За коопераційним договором два або більше учасники цивільного обігу беруть на себе зобов'язання з метою досягти спільного господарського результату. Сфера застосування коопераційного договору охоплює різні види господарського співробітництва: виробничу, науково-технічну, збутову та управлінську кооперацію.

У межах виробничої кооперації предметом співробітниц­тва сторін є сумісне виготовлення машинно-технічних виро­бів і матеріалів на основі предметної, по детальної чи після­операційної виробничої спеціалізації учасників або спільне будівництво ними об'єктів. При науково-технічній кооперації до предмета співробітництва належить розробка науково-технічних, конструкторських або технологічних об'єктів на основі проведення спільних науково-дослідних, проектно-конструкторських та експериментальних робіт. Одним з різновидів кооперації є співробітництво зі спільної комер­ційної реалізації товарів, послуг на національних або іно­земних ринках.

Таким чином, коопераційний договір регулює цивільні відносини різних видів. Права та обов'язки сторін у цьому до­говорі визначаються залежно від його предмета. Сторони в договорі встановлюють певну мету — досягнення спільного господарського результату. Такою кінцевою метою можуть бути випуск готового виробу, передача однією стороною результатів своєї діяльності іншій для забезпечення кожному з учасників кооперації можливості досягнення передбаченого в договорі кінцевого результату.

В інтересах тісної взаємодії сторін у коопераційному дого­ворі передбачається організаційно-правовий механізм коор­динації спільної діяльності, який має характер, схожий із механізмом здійснення іноземних інвестицій. Водночас договір про кооперацію за своєю правовою природою є різновидом договору про спільну діяльність, результатом якого не є створення юридичної особи. Звідси випливає, що

**786 Глава *33***

змістом інвестиційного договору (контракту) про виробничу кооперацію є аналогічні умови цивільно-правового договору про спільну діяльність.

З метою полегшити погодження партнерами різних країн взаємовідносин Європейська комісія 00Н підготувала низку рекомендацій, які мають важливе значення і для правового регулювання договірних відносин при здійсненні іноземних інвестицій. До них, зокрема, належать Рекомендації зі скла­дання договорів: на спорудження великих промислових об'єктів; про міжнародну передачу виробничого досвіду і знань у машинобудуванні; про промислове співробітництво;

про спільну діяльність між сторонами, які об'єдналися для здійснення конкретного проекту; з неконсультативного інжи­нірингу; з надання міжнародних послуг, пов'язаних із мате­ріально-технічним обслуговуванням, ремонтом та експлуа­тацією промислових та інших споруд. Комісія 00Н з права міжнародної торгівлі розробила Правові рекомендації зі скла­дання міжнародних контрактів на будівництво промислових об'єктів1.

У цьому контексті одним з актуальних завдань є оптиміза-ція господарських зв'язків2. З метою забезпечення сприят­ливих умов для підтримки і взаємовигідного розвитку вироб­ничої кооперації та прямих зв'язків між підприємствами та галузями в межах СНД 23 грудня 1993 р. в Ашгабаді було укладено Угоду про загальні умови й механізм підтримки розвитку виробничої кооперації підприємств і галузей дер­жав—учасниць Співдружності Незалежних Держав.

Сторони погодилися, що:

а) під кооперацією розуміють поставки сировини, матеріа­лів, вузлів, деталей, запасних частин, заготовок, напівфабри­катів, комплектуючих й інших виробів галузевого та міжгалу­зевого призначення, технологічно взаємопов'язаних і необхідних для спільного виготовлення кінцевої продукції;

б) під наданням послуг визнають проектні, ремонтні ро­боти, технологічне обслуговування та технологічні операції;

в) під поставками в межах митних режимів переробки

Див.: Как продать товар на внешнем рынке: Справочник / Оте. ред. Ю. Савинов. — М., 1990. — С. 79—в0.

2

Див.: *Запорожец А.* Правовые проблеми обеспечения качества про-дукции. — Харьков, 1989. — С. 131.

Зобов'язання у сфері Інвестицій та виробничої кооперації 737

товарів розуміються поставки товарів відповідно до умов, встановлених митним законодавством сторін, якщо інше не зазначено в цій угоді (ст. 3).

Цією угодою передбачено, що основною ланкою вироб­ничої кооперації та прямих зв'язків є договори (контракти), що їх укладають суб'єкти господарювання на підставі відпо­відних міжурядових, галузевих та міжвідомчих угод (ст. 4).

Отже, підприємницька діяльність в умовах ринкової еконо­міки тісно переплітається зі здійсненням іноземних інвести­цій. Аналогічно вирішується це питання в законодавстві інших країн, зокрема у тих, де немає спеціальної нормативної бази. Правове регулювання іноземних інвестицій здійснюється на засадах регулювання підприємницької діяльності. Отже, від­сутність єдиного правового акта, який би регулював діяль­ність іноземних інвесторів, не означає, що немає механізму **їх** правового регулювання.

З розвитком інвестиційних відносин дедалі більшого поши­рення набуває така форма договірних зв'язків, як консор­ціум. У сфері міжнародного інвестиційного співробітництва така кооперація застосовується при здійсненні кількома пар­тнерами робіт у третій країні. Потреба в такому інвестицій­ному співробітництві виникає в тих випадках, коли для реалі­зації масштабних проектів необхідно об'єднати виробничі, фінансові зусилля кількох інвесторів — виробничих і (або) банківських.

У жодній країні не існує спеціального нормативного регу­лювання цього договору. Тому цей вид інвестиційних зв'язків становить інтерес у контексті аналізу підприємницького зако­нодавства України, оскільки останнє є нормативною базою регулювання також коопераційних відносин. Зокрема, Закон України "Про зовнішньоекономічну діяльність" підкреслює, що до зовнішньоекономічних договорів (контрактів) про вироб­ниче співробітництво, спеціалізацію і кооперування, виконан­ня будівельно-монтажних робіт застосовується право країни, де здійснюється *гака* діяльність або де створюються передба­чені договором (контрактом) результати, якщо сторони не погодили інше (ст. 6).

Консорціум, за законодавством зарубіжних держав, на відміну від українського, є об'єднанням, яке не володіє пра­вами юридичної особи, оскільки відносини між учасниками базуються на коопераційних договорах. При цьому сторони

***788 Глава 33***

зберігають свою господарську і фінансову самостійність. Відносини сторін можуть втілюватися в різну правову форму. Але, як правило, найпоширенішими є дві організаційно-пра­вові моделі — простий консорціум і консорціум як асоціація у формі товариства. У простому консорціумі партнери пов'яза­ні договорами з приймаючою стороною, але один перед одним майнової відповідальності не несуть.

Консорціум як асоціація у формі товариства базується на спільному розподілі ризику майнових втрат і одержання прибутків. При цьому особливість цих відносин полягає в тому, що вони мають складний характер, і один договір регу­лює відносини між учасниками консорціуму (тобто інвесто­рами), а другий — між членами консорціуму (інвесторами) та замовником (стороною, що приймає інвестиції). Таким чи­ном, порівняно з двосторонньою кооперацією характер дого­вірних зв'язків ускладнюється. Договір між інвесторами не має характеру інвестиційного. Цей висновок базується на тому, що відповідно до ч. 7 ст. З Закону України "Про режим іноземного інвестування" здійснення іноземних інвестицій можливе на підставі договорів із суб'єктами господарської діяльності України.

У першому випадку відсутній суб'єкт підприємницької діяльності України. Отже, договір між іноземними партне­рами (інвесторами), спрямований на вкладення майнових цінностей в об'єкт інвестиційної діяльності на території третьої країни, можна вважати попередньою угодою про майбутню сумісну діяльність (так звана генеральна угода). Інвестицій­ним договором (контрактом) є угода, що укладена між парт­нерами (інвесторами), з одного боку, та замовником (прий­маючою стороною), з іншого. Власне, відносини в рамка консорціуму, пов'язані з вкладенням іноземних інвестицій регулюються консорціальним договором.

Консорціальний договір має низку особливостей, які влас­тиві звичайному коопераційному договору. По-перше, оскільки такий договір має багатосторонній характер, необ­хідно чітко розподілити функції та обов'язки щодо здійснення інвестицій. По-друге, в консорціальному договорі потрібно визначити розмір інвестиції кожного іноземного інвестора. Водночас однією зі спеціальних умов є виділення головного члена консорціуму та надання йому повноважень з коорди­нації діяльності інших інвесторів.

Зобов'язання у сфері Інвестиція та виробничої кооперації 789

У зв'язку з цим становить інтерес питання взаємної відповідальності учасників інвестиційної діяльності, а також підстави Ті припинення. Особливість консорціальних відносин полягає в тому, що генеральну угоду з приймаючою стороною підписує або кожний партнер від свого імені, або лише упов­новажений іншим інвестор від імені консорціуму. Однак кожний партнер (інвестор) несе лише індивідуальну відпові­дальність за виконання своїх зобов'язань. Таким чином, підписуючи консорціальну угоду, кожний інвестор встановлює з об'єднанням договірні відносини щодо виконання своїх інвестиційних зобов'язань і не несе відповідальності за здій­снення інвестиційних обов'язків іншими інвесторами, які взяв на себе консорціум1. Водночас не заперечується можливість спільної відповідальності інвесторів, яка базується на засадах часткової або солідарної відповідальності, передбаченої договором.

Отже, однією з форм здійснення іноземних інвестицій є виробнича кооперація у вигляді створення консорціумів. Проте кооперацію, як форму здійснення іноземної інвестиції, необхідно відрізняти від схожих організаційно-правових форм здійснення підприємницької діяльності та інших цивільно-пра­вових договорів, зокрема підряду.

Стосовно організаційно-правових форм підприємницької діяльності консорціальний договір треба відмежовувати від угоди про створення господарського товариства. Останнє можна наочно продемонструвати на прикладі проекту ство­рення на території України спільного українсько-російського акціонерного товариства «Газ транзит для фінансування, будівництва й експлуатації транзитних газопроводів та під­земних сховищ газу. Створення такої структури передбачено ст. З Угоди між Урядом України і Російським акціонерним товариством "Газпром" про принципи врегулювання заборго­ваності за поставки російського природного газу в 1994 році і забезпечення біжучих платежів за поставку природного газу в 1995 році. Таким чином, перший етап залучення іноземних інвестицій полягає у створенні підприємства з іноземними інвестиціями у формі акціонерного товариства. Створення

' Див.: Гражданское й торговою право капиталистических государств / Под ред. Е. Васильєва. — М., 1993. — С. 361—362.

***гдо Глава 33***

останнього зумовлено необхідністю спорудження кількох ма­гістральних газопроводів завдовжки 1350 км, 5 компресорних станцій та комплексів допоміжних споруд. Загальна вартість усього об'єкта становить близько 2,2 млрд. доларів США.

Звичайно, найбільшого економічного ефекту можна було б досягти, якби українські підприємці могли збудувати цей об'єкт самостійно. Але ефективне залучення іноземних інвес­тицій до розвитку власної промислової бази — крок до економічного зростання держави. При цьому закономірно мають бути компенсовані витрати засновників. Порівнюючи вартість основних фондів підземних сховищ газу (ПСГ) і вар­тість основних фондів транзитних газопроводів (1-1350 км), які мали б бути споруджені СП Газтранзит" на території України, слід зазначити, що вартість ПСГ у кілька разів пере­вищує вартість газопроводів. Постає також питання: скільки може внести російський інвестор, щоб його частка в статут­ному фонді дорівнювала 50 відсоткам, коли внесок україн­ського засновника буде сягати 6—10 млрд. доларів США?1 В результаті була прийнята Постанова Верховної Ради України "Про проведену роботу та заходи запобігання порушення чинного законодавства України при створенні спільного Українсько-російського акціонерного товариства Тазтранзит" від 22 грудня 1995 р.2, якою передбачено заходи з метою запобігання внесення основних фондів та іншого майна Богородчанського і БільчеВолинсько-Угерського підземних газосховищ до статутного капіталу Українсько-російського СП "Газтранзит".

Не торкаючись економічного аспекту цього питання (хоч на замовлення Держнафтогазпрому України розроблено техніко-економічне обгрунтування створення акціонерного товариства "Газтранзит"), необхідно проаналізувати орга­нізаційно-правову форму здійснення інвестицій. Недоцільно створювати підприємство з іноземними інвестиціями, якщо засновники лише приблизно можуть визначити свої майбутні витрати та оцінити внески до статутного фонду. Адже розподіл часток у статутному фонді презюмує одержання еквівалент-

Див.: Свердлов О. Газ, транзит і "Газтранзит" // Урядовий кур'єр. — 1996. — 18 січня.

2

Відомості Верховної Ради України. — 1996. — № 2. — Ст. 6.

Інвестицій та виробничої кооперації 791

ного прибутку (доходу) від майбутньої підприємницької діяль­ності. На наш погляд, оптимальнішим варіантом у даному випадку була б така форма здійснення іноземних інвестицій, як укладення консорціального договору, в якому чітко були б передбачені права та обов'язки сторін, а розподіл прибутку (доходу) здійснювався б відповідно до витрат сторін, установ­лених умовами договору.

Основною ознакою, яка відмежовує консорціональний до­говір як форму здійснення іноземних інвестицій від інших подіб­них цивільно-правових договорів, вважається те, що предметом цього договору є інвестиції, які вкладені іноземним інвестором в об'єкти інвестиційної діяльності з метою одержання прибутку або досягнення іншого соціального ефекту.

У майбутньому консорціум, як організаційно-правова фор­ма спільної інвестиційної діяльності вітчизняних та іноземних інвесторів, буде широко застосовуватися. Наприклад, після прийняття закону Російської Федерації "Про угоди про розпо­діл продукції" інвестори, як правило, обирають організаційно-правовою формою спільної діяльності або консорціум (на умовах угоди про спільну діяльність), або спільне підприєм­ство з його реєстрацією як суб'єкта підприємницької діяль­ності за російським законодавством чи законодавством іно­земної держави1. Тому у вітчизняному законодавстві доціль­но врегулювати особливості укладення та виконання консорціальних угод.

Розвиток національної економіки держав і всього світового господарства в умовах поглибленої спеціалізації та міжна­родного розподілу праці супроводжується розширенням коо­перації учасників господарського обігу на міжнародному рівні. Засобом безпосереднього регулювання відносин учас­ників господарського обігу є договір про кооперацію, який ук­ладається в межах міждержавного або регіонального співробітництва.

Правовою основою кооперації як форми здійснення іно­земних інвестицій є законодавство про іноземне інвестуван­ня та зовнішньоекономічну діяльність. Тому поряд з інвести-

Див.: Теллов О. Применение закона Российской Федерации "О сог-лашениях о разделе продукции и иного российского законодатепьства в роговорном процессе с инвесторами // Дело й право. — 1996. — № 6. — С. 37.

***792***

***Глава 33***

цінним необхідно вдосконалити законодавство про зов­нішньоекономічну діяльність у частині регулювання інвести­ційних відносин. Зокрема, як зазначалося вище, це сто­сується підписання договорів (контрактів) про кооперацію.

Проблема застосування законодавства про зовнішньоеко­номічну діяльність стосовно врегулювання інвестиційних від­носин має ще один аспект. Сучасна нормативна база України характеризується наявністю певних обмежень щодо здій­снення імпортних операцій. Водночас ці обмеження, як правило, не застосовуються у випадках зовнішньоекономіч­ної діяльності у вигляді кооперації з метою здійснення іно­земних інвестицій.

Однією з форм кооперації є компенсаційні угоди. Вони регулюються і законодавством про зовнішньоекономічні відносини. До компенсаційних належать ті угоди, в яких експортер товарів зобов'язується внести до списку товарів сировину, компоненти або напівфабрикати, які виробляються в країні імпорту або в іншій країні, для виконання передба­чених послуг у цій країні. Такі угоди характерні для продажу продукції високої технології. В ряді випадків експортер зобов'язаний відкрити або обладнати у країні імпортера під­приємство, яке виготовлятиме компоненти чи займатиметь­ся їх складанням.

Таким чином, компенсаційна угода має ознаки, які схожі з інвестиційним договором (контрактом). У деяких країнах **за** допомогою компенсаційних угод прямо регулюється залучен­ня іноземних інвестицій у пріоритетні галузі національної економіки. Зокрема, в Австралії федеральний уряд та уряди штатів вимагають укладення компенсаційних угод при за­купівлях для державного сектора. Так, федеральний уряд до списку пріоритетних вніс такі види компенсаційних угод:

1) передача технології;

2) сфера наукових досліджень;

3) участь у виробництві та комплектації виробів;

4) виробництво для реалізації за кордоном відповідних товарів або послуг;

5) здійснення закордонного маркетингу;

6) спільні або коопераційні підприємства;

7) придбання продукції та послуг австралійського походження;

Зобов'язання у сфері Інвестицій та виробничої корпорації 793

*8)* подарунки та пожертвування місцевим компаніям, зок­рема, грошових сум, обладнання, програмного забезпечення та винаходів;

9) прямі позики та інвестиції, надані місцевим фірмам1.

У законодавстві України цій формі здійснення іноземних інвестицій приділяється недостатня увага. Хоч у Доповненні до інструкції щодо заповнення заявки на участь у реалізації інвестиційного проекту2 (в розділі "Визначення змісту проек­ту") наголошується на необхідності уточнення бажаної форми співробітництва з іноземним інвестором. Серед можливих форм співробітництва перелічуються такі: спільне підприєм­ництво; компенсаційна угода; кредит; ліцензування; купівля обладнання; обмін технологіями та ін.

Постановою Кабінету Міністрів України від 28 грудня 1994 р. визначено Порядок віднесення операцій резидентів при здійсненні ними зовнішньоекономічної діяльності до дого­ворів виробничої кооперації, консигнації, комплексного будівництва, поставки складних технічних виробів і товарів спеціального призначення3. Зокрема, до операцій резиден­тів, які здійснюються під час виконання договорів виробничої кооперації, віднесено операції щодо поставки сировини, матеріалів, вузлів, деталей, запасних частин, заготовок напівфабрикатів, комплектуючих та інших виробів галузевого та міжгалузевого призначення, що технологічно взаємопо­в'язані та необхідні для спільного виготовлення кінцевої про­дукції, а також операції щодо виконання послуг з проектних і ремонтних робіт, технічного обслуговування та здійснення технологічних операцій. Оскільки такі операції тяжіють до однієї з форм інвестиційної діяльності, названий нормативний акт передбачає можливість перевищення термінів розрахун­ків, які зазначені у статтях 1 та 2 Закону України "Про поря­док здійснення розрахунків у іноземній валюті"4, за наявністю висновку відповідних міністерств та відомств.

Закон України "Про режим іноземного інвестування" підкреслює, що господарська діяльність на підставі договорів

' Див.: *Шмиттгофф К. Зкспорт: Право й практика международной тор­говим. — С. 96—97.*

2 Галицькі контракти. — 1995. — № 23.

3 Урядовий кур'єр. — 1995. — 12 січня.

4 Голос України. — 1994. — 5 жовтня.

**794 Глава 33**

(контрактів) регулюється законодавством України. Сторони при цьому організовують окремий бухгалтерський облік та звітність щодо операцій, пов'язаних з цими договорами (контрактами), та мають право на відкриття окремих рахунків в установах банків України для проведення розрахунків, які пов'язані з виконанням таких договорів (контрактів).

Окремі види коопераційних форм здійснення спільної під­приємницької діяльності передбачено в Законі України "Про підприємства в Україні". Так, передбачено право підприємств об'єднувати на добровільних засадах свою виробничу, науко­ву, комерційну та інші види діяльності, якщо це не суперечить антимонопольному законодавству України. Зокрема, під­приємства можуть об'єднуватися:

а) в асоціації — договірні об'єднання, створені з метою постійної координації господарської діяльності без права втручання у виробничу та комерційну діяльність будь-кого з її учасників;

б) корпорації — договірні об'єднання, створені на основі поєднання виробничих, наукових та комерційних інтересів з делегуванням деяких повноважень централізованого регу­лювання діяльності кожному з учасників;

в) консорціуми—тимчасові статутні об'єднання промисло­вого та банківського капіталу для досягнення спільної мети;

г) концерни — статутні об'єднання підприємств промисло­вості, наукових організацій, транспорту, банків, торгівлі тощо на основі повної фінансової залежності від одного або групи підприємців;

г) об'єднання за галузевим, територіальним та іншими принципами.

Але на відміну від законодавства розвинутих іноземних дер­жав (потенційних іноземних інвесторів) законодавством Украї­ни перелічені об'єднання, визнані юридичними особами.

Отже, регулювання доземних інвестицій на основі догово­рів (контрактів) про виробничу кооперацію здійснюється на основі законодавства про зовнішньоекономічну діяльність з урахуванням особливостей національної нормативної бази у сфері коопераційних відносин. Такий підхід не досить обгрун­тований. Доцільно у відповідному розділі Закону України "Про режим іноземного інвестування" передбачити особливості здійснення іноземних інвестицій на основі договорів про виробничу кооперацію в Ті різних видах.

Глава 34. Зобов'язання, що виникають зі створення небезпеки при порушенні довкілля

**§ 1. Поняття та елементи зобов'язань, що виникають зі створення небезпеки при порушенні довкілля**

В юридичній літературі1 давно і спра­ведливо підкреслювалося, що в законі про цивільно-правову деліктну відповідальність центр ваги необхідно перенести зі шкідливого результату на більш ранній ступінь, копи проти­правне діяння створює можливість заподіяння шкоди або коли сама діяльність має небезпечні властивості. Це при­пускає покладання цивільно-правової деліктної відповідаль­ності не тільки за спричинену шкоду, а й за "делікт створення небезпеки". Саме таким деліктом є створення небезпеки життю, здоров'ю та майну внаслідок порушення навколиш­нього природного середовища.

Див.: *Цвретепи Т.В.* Деликты создания опасности. // Сов. гос. и право. — 1970. — № 8. — С.56; *Могьілева В.Я.* Роль и место гражданского права в система комплексной охраны человека в условиях научно-технического прогресса / Законності, правопорядок и правовая культу­ра. — М., 1974. — С. 131—132; *її ж.* Гражданско-правовая охрана человека от неблагоприятных изменений окружающей среды: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. — М.,1975. — 20 с.; *Мапеин Н.С.* Гражданский закон й права личности в СССР. — М., 1981. — С. 180—181.

798 Глава 34

Вперше в проекті ЦК України (глава 79: статті 1217—1219) передбачено деліктні зобов'язання для виникнення яких досить факту створення небезпеки для життя, здоров'я та майна за відсутності заподіяння будь-якої шкоди. Норми, що регулюють зазначені зобов'язання, набувають важливого превентивно-виховного значення. Вони стимулюють здій­снення заходів щодо охорони довкілля, поліпшення його якості, функціонування системи інформації про стан довкілля (екологічний моніторинг), проведення екологічних експертиз, державний контроль за додержанням екологічних стандартів, нормативів та правил1.

Деліктне зобов'язання — це зобов'язання, в якому особа, що своєю протиправною діяльністю (бездіяльністю), пору­шуючи довкілля, створила небезпеку (загрозу) для життя, здоров'я і майна, зобов'язана усунути цю небезпеку, а особа, яка піддається небезпеці має право вимагати усунення не­безпеки (загрози). Воно є різновидом цивільно-правових відносин, йому властиві елементи, що характеризують цивіль­но-правові відносини. Ними є суб'єкт, об'єкт та зміст (суб'єк­тивне цивільне право і суб'єктивний цивільний обов'язок).

Суб'єктами деліктних зобов'язань зі створення небезпеки є сторони зобов'язальних відносин. Їх називають кредитором і боржником.

Кредитор — уповноважена сторона, яка має право вима­гати усунення створеної небезпеки (загрози) житло, здо­ров'ю та майну. На боці кредитора можуть бути будь-які фізичні та юридичні особи, які піддаються загрозі або інтере­сам яких вона загрожує. Вік, стан фізичного та психічного здоров'я, наявність чи відсутність деліктоздатності не вплива­ють на статус кредитора.

Право кредитора на усунення небезпеки, яка загрожує життю та здоров'ю, — це зобов'язальне відносне особисте право. Здійснення цього права залежить від волі зобов'язаної сторони. В ст. 275 проекту ЦК України, яка називається "Право на усунення небезпеки, що загрожує життю та здо­ров'ю", передбачається його зміст: "фізична особа має право вимагати усунення небезпеки..., що створена внаслідок гос­подарської та іншої діяльності". Це право забезпечує

\* Коментар до Конституції України. — К.,1996. — С. 129.

**789**

порушенням довкілля

природне існування фізичної особи, і зобов'язання зі ство­рення небезпеки є цивільно-правовими гарантіями здійснен­ня зазначеного права кредитора.

Боржник — це сторона, яка зобов'язана усунути створену небезпеку. Ними можуть бути фізичні та юридичні особи, які займаються підприємницькою та іншою господарською діяльністю, порушуючи при цьому навколишнє природне се­редовище. Це промислові підприємства, транспортні орга­нізації, будівельні організації тощо.

Об'єктом деліктних зобов'язань є дії боржника по усунен­ню небезпеки (загрози) життю і здоров'ю фізичних осіб, їхньому майну та майну юридичних осіб.

Зміст деліктного зобов'язання становлять право кредитора та обов'язок боржника. Останній вчиняє дії по усуненню не­безпеки, а кредитор має право вимагати усунення створеної небезпеки.

**§ 2. Відповідальність юридичних і фізичних осіб за створення небезпеки при порушенні довкілля**

Обов'язок боржника з усунення небез­пеки, що загрожує життю, здоров'ю та майну, є цивільно-пра­вовою відповідальністю. Вона має розглядатися як важлива гарантія реалізації конституційного права на безпечне для життя і здоров'я довкілля (ст. 50 Конституції України).

У юридичній літературі безпечне для життя і здоров'я довкілля характеризується як такий стан навколишнього при­родного середовища, за якого забезпечується запобігання погіршенню екологічної обстановки і виникненню небезпеки для життя і здоров'я людини.

Критерії безпечного стану довкілля визначаються еколо­гічними стандартами і нормативами та технічними, сані­тарно-гігієнічними, будівельними й іншими нормами та правилами, що містять вимоги щодо охорони навколишнього природного середовища. Відповідно до них мають здійсню­ватися розміщення, проектування, будівництво, реконструк­ція, введення в дію та експлуатація підприємств, споруд та інших об'єктів, експлуатація транспорту.

**800 *Глава 34***

Здійснення заходів щодо охорони довкілля забезпечується проведенням екологічної експертизи проектів господарської та іншої діяльності1.

Широкі повноваження в галузі охорони довкілля надані гро­мадянам. Вони мають право брати участь в обговоренні матеріалів щодо розміщення, будівництва та реконструкції екологічно небезпечних об'єктів і вносити пропозиції в дер­жавні та господарські органи з цих питань.

Зазначені повноваження громадян закріплено в ч. 2 ст. 50 Конституції України, яка гарантує кожному право вільного доступу до інформації про стан довкілля.

В юридичній літературі пропонується з метою посилення гарантій реалізації права громадян на екологічну інформацію розробити закон "Про екологічну інформацію та Єдину дер­жавну інформаційну систему"2.

Право на екологічну інформацію тісно пов'язане з правом на безпечне для життя і здоров'я довкілля, бо Конституція України визнає її екологічно відкритою, забороняє її засек­речувати, гарантує вільний доступ до отримання даних про стан довкілля (джерела забруднення на відповідній території, обсяги, склад хімічних, токсичних речовин і т. ін.). Це в свою чергу зумовлює реальну можливість більш оперативно й ефективно реагувати на ситуації створення небезпеки життю, здоров'ю та майну внаслідок погіршення стану довкілля.

Так, небезпека заподіяння шкоди надалі може стати підставою для позову про усунення цієї небезпеки. Суд має право, враховуючи конкретні обставини справи, ухвалити рішення про вжиття належних заходів для усунення небез­пеки в строк, передбачений у рішенні.

Разом з тим ст. 1218 проекту ЦК України передбачає право суду винести рішення про повну заборону діяльності, яка створює небезпеку (загрозу). В цьому разі обов'язок боржника.. в деліктному зобов'язанні полягає у припиненні діяльності, яка загрожує життю, здоров'ю та майну внаслідок порушення довкілля і, отже, є іншим видом цивільно-правової відповідальності за створення небезпеки.

Коментар до Конституції України. — С. 128—129.

2

Див.: *Краснова М.В.* Гарантії реалізації права громадян на екологічну інформацію: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. — К., 1997. — С. 7, 11, 12

***801***

**д *порушенням довкілля***

У разі відмови в позові про заборону згаданої діяльності у зв'язку з тим, що це суперечить громадським інтересам, відповідач зобов'язаний таким чином задовольнити варті уваги вимоги особи, яка піддається небезпеці (загрозі), щоб було виключено подальший вплив на неї обставин, що ство­рюють цю небезпеку (загрозу).

**§ 3. Відшкодування шкоди, завданої внаслідок неусунення небезпеки (загрози) життю, здоров'ю та майну**

Конституція України не тільки закріплює забезпечення екологічної безпеки, підтримання екологічної рівноваги на території України і право на безпечне для життя і здоров'я довкілля, а й передбачає наслідки порушення екологічної безпеки і зазначеного конституційного права (ст. 16 та ч. 1 ст. 50 Конституції) у вигляді відшкодування за­вданої шкоди.

Проект ЦК України передбачає відшкодування шкоди, за­вданої внаслідок неусунення небезпеки (загрози) життю і здоров'ю фізичних осіб, їхньому майну та майну юридичних осіб.

Відповідно до зазначеної вище норми, шкода, завдана внаслідок неусунення небезпеки (загрози) житло і здоров'ю фізичних осіб, їхньому майну та майну юридичних осіб, під­лягає відшкодуванню за правилами, які регулюють зобов'я­зання із заподіяння шкоди (статті 440—467 ЦК України та статті 1220—1263 проекту ЦК). Кілька слів про норми ЦК України, на підставі яких необхідно відшкодовувати шкоду, за­вдану погіршенням стану довкілля. Маються на увазі норми щодо суб'єктів, підстав та обсягу цивільної відповідальності. Як свідчить практика, заподіювачами шкоди житло, здоров'ю та майну внаслідок погіршення довкілля є юридичні особи та фізичні особи (промислові підприємства, транспорт­ні організації, індивідуальні підприємці тощо), які порушують нормативи граничнодопустимих викидів та скидів у на­вколишнє природне середовище забруднюючих хімічних речовин, рівнів шкідливого впливу фізичних та біологічних факторів, що виходять з кожного конкретного стаціонарного

26 О. Дзера

**802 *Глава* 34**

джерела забруднення. За родом діяльності зазначені особи є володільцями джерел підвищеної небезпеки, і підстави їх відповідальності визначають ст. 450 ЦК України та ст. 1236 проекту ЦК України (див. параграф 8 глави 35 цієї праці). Обсяг відповідальності передбачається статтями 453 і 455 ЦК України та статтями 1241 і 1244 проекту ЦК України (див. параграфи 3 і 10 глави 35).

В юридичній літературі висловлена й інша думка. Так, М.І. Єрофеєв вважає, що шкода, спричинена внаслідок негативного впливу на довкілля протиправної діяльності підприємств, установ, організацій та окремих громадян підлягає відшкодуванню відповідно до ст. 69 Закону України "Про охорону навколишнього природного середовища"1. Уявляється погляд М. І. Єрофеєва непереконливим. Справа в тому, що цивільне право має лише йому властиві можли­вості, які забезпечують здійснення права на відшкодування шкоди, завданої внаслідок неусунення небезпеки життю, здоров'ю та майну. Цивільне право на відміну від інших галу­зей права, передбачає принцип повного відшкодування заподіяної шкоди, а також допускає повне відшкодування шкоди незалежно від вини.

Крім того, право на безпечне для життя і здоров'я довкіл­ля — це абсолютне право, якому відповідає абсолютний обов'язок усіх і кожного (фізичних, юридичних осіб, інших організацій, держави) утримуватися від порушення цього права. Невиконання абсолютного обов'язку призводить до виникнення деліктного зобов'язання із заподіяння шкоди, що регулюється нормами цивільного права2.

ЇССР

Коментар до Конституції України. — С. 12^—130.

802

Див.: Малеин *Н.С.* Гражданский закон и права М., 1981.—С. 17&-182.

Глава 35. Зобов'язання із заподіяння шкоди

**§ 1. Поняття та елементи зобов'язань із заподіяння шкоди**

Однією з підстав виникнення зобов'язань згідно зі ст. 440 ЦК України є заподіяння шкоди іншій особі. На відміну від інших зобов'язань, які виникають із правомір­них актів (наприклад, договору, односторонньої угоди, адміні­стративного акта), цей вид зобов'язань виникає з непра­вомірних актів, яким є правопорушення, тобто протиправне, винне заподіяння шкоди деліктоздатною особою. Зобов'я­зання, що виникло внаслідок заподіяння шкоди, називають деліктними (від лат. delictum — правопорушення). Заподіяння шкоди іншій особі не завжди породжує деліктне зобов'язання. Воно виникає там, де заподіювач шкоди і потерпілий не пере­бували між собою у зобов'язальних відносинах або шкода виникла незалежно від існуючих між сторонами зобов'язаль­них відносин.

Відсутність між потерпілим і заподіювачем зобов'язальних відносин до заподіяння шкоди не означає, цю між ними не існувало ніяких цивільно-правових відносин. Вони перебу­вали в абсолютних цивільних правовідносинах, змістом яких є абсолютне суб'єктивне цивільне право та абсолютний суб'єктивний цивільний обов'язок. Абсолютність суб'єктив­ного цивільного права полягає в тому, що воно охороняється від усіх і кожного, хто підпорядкований даному правовому режиму. До абсолютних прав належать: право власності, право на недоторканність життя і здоров'я, честі та гідності,

**26\***

804 Глава 35

особистої свободи, право на охорону здоров'я тощо. Якщо аб­солютне суб'єктивне право охороняється від усіх і кожного, го кореспондуючий юридичний обов'язок також покладається на всіх і кожного. Абсолютний юридичний обов'язок харак­теризується пасивністю, його змістом є необхідність утриму­ватися від порушення чужого абсолютного суб'єктивного пра­ва. Невиконання такого обов'язку завжди призводить до порушення чужого суб'єктивного права і за наявності перед­бачених законом інших підстав породжує деліктне зобо­в'язання.

*Деліктне зобов'язання —* це зобов'язання, в якому особа, що протиправне і винно заподіяла шкоду особистості грома­дянина або його майну чи майну організації, зобов'язана її відшкодувати, а потерпілий має право на відшкодування заподіяної шкоди у повному обсязі. Деліктне зобов'язання — це різновид цивільно-правових зобов'язань, і тому йому властиві ті самі структурні особливості, що характеризують кожне зобов'язання. Такими структурними елементами є суб'єкт, об'єкт та зміст.

*Суб'єктами* деліктних зобов'язань можуть бути будь-які учасники цивільних правовідносин. Як і в інших цивільно-пра­вових зобов'язаннях, їх називають кредитором і боржником.

*Кредитор —* це особа, якій заподіяно шкоду (потерпілий). Ним може бути будь-який громадянин України (дієздатний, недієздатний, неповнолітній, який не досяг 15 років, інозе­мець та особа без громадянства. Ним може бути також орга­нізація незалежно від того, чи користується вона правами юридичної особи чи ні.

*Боржник —* це особа, яка відповідає за заподіяну шкоду. Як правило, нею є заподіювач шкоди. В деяких випадках, передбачених закрнодавством, боржником виступає не заподіювач шкоди/а особа, винна за поведінку заподіювача. Так, згідно зі ст. 446 ЦК У країни за шкоду, заподіяну неповно­літнім, який не досяг 15 років, несуть відповідальність його батьки (усиновителі), опікун або навчальні, виховні чи ліку­вальні заклади, під наглядом яких перебував неповнолітній, якщо не доведуть, що шкода сталася не з їхньої вини. При заподіянні шкоди недієздатною особою боржником є його опікун або організація, що зобов'язані здійснювати за ним нагляд (ст. 448 ЦК)

***805***

Зобов'язанні! Із заподіяння шкоди

Громадянин виступає як боржник за умови, що він є деліктоздатним, тобто здатним відповідати за свої дії. Деліктоздатність громадян за чинним цивільним законодав­ством України настає з 15 років (статті 13 і 447 ЦК). Наведене правило поширюється не лише на громадян України, а й на іноземців (тих, що не користуються екстериторіальністю) та осіб без громадянства.

Організація вважається деліктоздатною за умови, що вона користується правами юридичної особи. На відміну від кре­дитора (потерпілого), яким може бути будь-яка організація незалежно від наявності у неї прав юридичної особи, боржни­ком у деліктних зобов'язаннях може бути лише організація, що є юридичною особою: підприємства, громадські об'єднан­ня, спільні підприємства, релігійні організації тощо, які згідно з частинами 1 і 2 ст. 2 ЦК України можуть бути учасниками цивільних правовідносин. Боржником може бути також держава.

Об'єктом деліктних зобов'язань є відшкодування, яке боржник зобов'язаний надати потерпілому. Відповідно до ст. 453 ЦК України воно полягає в поновленні майнової сфе­ри потерпілого в натурі (надати річ того самого роду і якості, виправити пошкоджену річ і т. ін.) або в повному відшкоду­ванні заподіяних збитків. При ушкодженні здоров'я та запо­діянні смерті відшкодування здійснюється у формі грошової компенсації втраченого заробітку, а також інших витрат.

Зміст деліктного зобов'язання становлять право кредитора та обов'язок боржника. Згідно зі ст. 440 ЦК України обов'яз­ком боржника є вчинення дій, за допомогою яких майнова сфера була б поновлена до такого рівня, в якому вона пере­бувала до її порушення, а право кредитора — одержати таке відшкодування.

Наведене вище визначення деліктного зобов'язання та його аналіз дають можливість провести межу між зазначеним зобов'язанням і договірним охоронним зобов'язанням. Відмінності між ними полягають у тому, що:

• по-перше, юридичними фактами, на підставі яких вини­кає деліктне зобов'язання, є порушення абсолютного пасив­ного обов'язку і тим самим — абсолютного права, тобто пору­шення абсолютних правовідносин шляхом вчинення проти­правного і, як правило, винного діяння. Договірне охоронне зобов'язання теж виникає внаслідок цивільних правовідносин

806 Глава 35

(делікту). Але воно є результатом порушення інших за своєю природою прав, обов'язків та правовідносин, а саме: віднос­них договірних прав та обов'язків і, отже, відносних право­відносин, у рамках яких здійснюється цивільний договір;

• по-друге, різна юридична природа обов'язку заподіювана в деліктному зобов'язанні і обов'язку боржника в договірному охоронному зобов'язанні. Обов'язок заподіювача — це його новий відносний обов'язок, який покладається на нього зако­ном замість порушеного ним абсолютного обов'язку пасив­ного типу в абсолютних правовідносинах. Обов'язок боржника — це додатковий обов'язок, що виникає в резуль­таті невиконання або неналежного виконання ним договірно­го обов'язку: поставити продукцію, виконати роботу, надати послуги тощо. Додатковий обов'язок боржника приєднується до невиконаного чи неналежне виконаного ним договірного обов'язку;

• по-третє, різний зміст зазначених обов'язків заподіювача і боржника. Заподіювач у деліктному зобов'язанні зобов'я­заний відшкодувати заподіяну шкоду шляхом відшкодування Ті в натурі або відшкодування заподіяних збитків. Обов'язок боржника в договірному охоронному зобов'язанні полягає у відшкодуванні заподіяних збитків, у сплаті неустойки, штрафу, пені. Якщо інше не передбачено законом або договором, виконання боржником додаткового обов'язку в договірному охоронному зобов'язанні не виключає виконання основного обов'язку (поставити продукцію, виконати роботу, надати послуги тощо) в договірному регулятивному зобов'язанні.

Різниця у змісті зазначених обов'язків заподіювача І боржника пояснюється тим, що неустойка, як засіб забезпе­чення виконання договірного зобов'язання, та штрафні санк­ції (штрафи, пеня) не застосовуються до деліктного зобов'я­зання. Метою останнього, як це зазначено в імперативних нормах ст. 440 ЦК України (ст. 1120 проекту ЦК України), є поновлення первісного майнового стану потерпілого, а якщо це неможливо — відшкодування заподіяних збитків;

• по-четверте, деліктне зобов'язання і договірне охоронне зобов'язання різняться об'єктом. У деліктному зобов'язанні обов'язок заподіювача спрямований на поновлення поруше­ного абсолютного права, а якщо це неможливо — на відшко­дування заподіяних збитків. У договірному зобов'язанні обов'язок боржника спрямований на забезпечення виконан-

Зобов'язання Із заподіяння шкоди 807

ня договору. Це пояснюється тим, що боржник, не спричи­няючи шкоди невиконанням договору, все ж таки зобов'я­заний сплатити неустойку, штраф, пеню за самий факт пору­шення договору. В цьому полягає штрафний характер договірної відповідальності, Ті стимулююче значення в справі додержання договірної дисципліни;

• по-п'яте, суб'єктний склад деліктного зобов'язання визначається так: уповноважена особа в ньому збігається з уповноваженою особою в абсолютних правовідносинах, тобто з носієм абсолютного права. Щодо зобов'язаної особи, то нею стає будь-яка зобов'язана особа в абсолютних право­відносинах, яка порушила абсолютне право. Суб'єктний склад договірного охоронного зобов'язання зумовлений суб'єктним складом договірного регулятивного зобов'язання. Це креди­тор і боржник як цілком конкретні учасники договірних регу­лятивних правовідносин. Вони ж є суб'єктами договірного охоронного зобов'язання1.

§ 2. Деліктна відповідальність:

поняття та зміст

Вище вже зазначалося, що потерпілий і заподіювач до заподіяння шкоди перебували в абсолютних правовідносинах. Абсолютні правовідносини є формою реалі­зації абсолютних прав: права власності, права на життя, права на охорону здоров'я, права на честь і гідність, права на ділову репутацію тощо. В результаті дослідження юридичного змісту, тобто абсолютних прав і абсолютних-обов'язків, цих правовідносин, було визначено критерій їх відмежування від інших цивільних правовідносин, а саме: копо зобов'язаних осіб щодо уповноважених суб'єктів. Абсолютність суб'єктивного права, як елемента абсолютних правовідносин, перш за все полягає в тому, що воно охороняється від усіх і кожного. За

' Див.: Смирнов В.Т, *Собчак А.А.* Общее учение о деликтньїх обяза-тепьствах в советском гражданском праве. — Л., 1983. — С. 7,18, 42—50, 99—105; *Затрупько А.И.* Обязатепьства по возмещению врода, причинен-ного суб-ьектами гражданского права. — Харьков, 1996. — С. 5—20.

808 Глава 35

образним висловом В.К. Райхера, одного із перших при­бічників наведеної класифікації цивільно-правових відносин, в абсолютних правовідносинах "право випромінює енергію з однієї точки хвилеподібно в усі сторони соціального сере­довища", і тому зв'язок між уповноваженими зобов'язаними суб'єктами встановлюється за типом "бездротового" зв'язку, який з'єднує дану точку простору з абсолютно невизначеною кількістю всіх "інших точок". Крім того, здійснення абсолютно­го права засновано на власних діях уповноваженої особи. До­статньо сказати, що власник, як правило, сам, самостійно володіє, користується і розпоряджається належним йому майном і, отже, самостійно здійснює належне- йому право власності1.

Цивільно-правове регулювання абсолютних відносин забезпечує їх розвиток за нормальних умов використання суб'єктом належних йому абсолютних прав. Поряд з цим цивільно-правові норми встановлюють правила про способи захисту абсолютних правовідносин у разі порушення їх. За­конодавство, практика, наука передбачають деліктні (поза­договірні) способи захисту абсолютних правовідносин. Це речово-правові і зобов'язально-правові. Критерієм їх розме­жування є характер і зміст порушення абсолютного права. Якщо порушення абсолютного майнового права пов'язано з втратою тих чи інших повноважень і не поєднується зі знищенням або пошкодженням об'єкта права — майна, то за­стосовуються речово-правові способи захисту. До них нале­жать: право вимоги майна в натурі з чужого незаконного володіння шляхом подання віндикаційного позову; право вимоги усунення будь-яких порушень абсолютного права, не поєднаних з позбавленням володіння через пред'явлення негаторного позову; право вимоги визнання абсолютного май­нового права за допомогою позову про визнання.

У деліктних цивільних правовідносинах реалізуються зобо­в'язально-правові засоби захисту абсолютних прав. Потерпі­лий набуває права вимоги про відшкодування збитків, і він має право пред'явити позов про збитки. Праву потерпілого,

*1 Райхер В.К.* Абсолютные и относительные права // Известия зкон. Ленинград. политехн. ин-та. — Л., 1928. — Вьіп. І. — 21. — С. 303.

Зобов'язання Із заподіяння шкоди 809

як зазначалося вище, відповідає обов'язок заподіювача шкоди відшкодувати заподіяну шкоду.

З'ясування юридичної природи цього обов'язку пов'язане з розкриттям суті деліктної відповідальності. У врегулюванні соціальної можливості (суб'єктивного права) потерпілого не­важко знайти риси методу цивільно-правової регламентації. Суб'єктивне право потерпілого має однобічно дозвільний ха­рактер. Диспозитивне начало цивільно-правового регулю­вання в цьому випадку виявляється в тому, що потерпілий використовує своє право вимоги на свій розсуд: він може пред'явити або не пред'явити вимогу про відшкодування збит­ків заподіювачеві. Інша справа щодо суб'єктивного обов'язку заподіювача. Питання не тільки в тому, що суб'єктивний обо­в'язок заподіювача, на відміну від пасивного обов'язку особи в абсолютних правовідносинах, є активним, тобто спрямо­ваним на відшкодування заподіяної шкоди. Цей обов'язок істотно відрізняється від обов'язків, що виникають внаслідок правомірних дій, зокрема укладення договору. Останні обов'язкові, але не примусові, тоді як обов'язок заподіювача за своєю природою, сутністю примусовий. Він є елементом юридичного змісту цивільно-правового примусу1. Цивільно-правовий примус є видовим поняттям щодо родового поняття державного примусу як одного з методів здійснення держав­ної влади в суспільстві.

В юридичній літературі немає єдності думок з приводу поняття державного примусу. На наш погляд, оптимальним є визначення примусу як фактичного стану, який виключає рішення людини з ланцюга детермінації, бо примус для того, кого примушують, виключає вибір між виконанням і невико­нанням обов'язку. Наведене визначення державного приму­су має бути поширено і на цивільно-правовий примус. А це означає, що обов'язок заподіювача є заходом примусу неза­лежно від того, чи він виконується добровільно чи в судовому порядку. Його виникнення і зміст передбачені в імперативній нормі ст. 440 ЦК України незалежно і проти волі, бажань заподіювача. Відмова законодавця в даному разі від таких звичайних засобів цивільно-правового регулювання, як

1 Див.: *Ем Владимир.* Категория обязанности в гражданском праве. (Вопросьі теории): Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. — М., 1981. — 25 с.

**вто *Глава 35***

диспозитивність і правова ініціатива учасників правовідно­син, зумовлена певними причинами. Це необхідність гаран­тувати усунення порушення абсолютних прав і їх наслідків, забезпечити безперешкодне функціонування механізму пра­вового регулювання захисту абсолютних прав, запобігти порушенню прав у майбутньому.

Одним з видів заходів примусу є цивільно-правова відпо­відальність. У цьому розумінні примусовий обов'язок запо-діювача з відшкодування шкоди можна розглядати як вид цивільно-правової деліктної відповідальності. В зазначеному аспекті цивільно-правова деліктна відповідальність являє собою заснований на імперативній нормі цивільного права новий (поряд з порушеним або замість нього) суб'єктивний відносний обов'язок правопорушника (заподіювача) перетер­піти міри державного примусу, що включають у себе осуджен­ня його поведінки або стимулювання його до соціальне необхідних дій у вигляді позбавлення благ особистого чи май­нового характеру з метою поновлення порушених абсолют­них правовідносин чи поновлення майнового стану потерпі­лого за наявності умов, зазначених у законі.

Запропоноване визначення цивільно-правової деліктної відповідальності максимально охоплює як загальні предмет­но-галузеві ознаки (обов'язок — як результат цивільно-пра­вового врегулювання поведінки), так і специфічні ознаки регулювання деліктних зобов'язань (порушення абсолютного обов'язку і у зв'язку з цим виникнення відносного обов'язку, зміст якого полягає в перетерпінні мір державного примусу, осудженні поведінки зобов'язаної особи чи стимулюванні до соціальне необхідних дій, форми осудження або стимулюван­ня у вигляді позбавпення благ особистого чи майнового ха­рактеру, поновлення порушених абсолютних правовідно­син — функціональне значення деліктної відповідальності). Це визначення також відповідає змістові нормативної конст­рукції деліктної відповідальності, що закріплена в ст. 440 ЦК України. Ця сама конструкція збережена в ст. 1120 проекту ЦК України.

Зобов'язання та заподіяння шкоди 811

**§ 3. Особливості позадоговірної відповідальності та її функції**

Деліктне зобов'язання — це правоохоронні відносини, в яких реалізується цивільна позадоговірна або деліктна відповідальність. Позадоговірній відповідальності властиві риси договірної відповідальності. Вона, як і договір­на, — це завжди юридичний обов'язок примусового характе­ру, реалізація якого викликає у правопорушника негативні майнові наслідки. Разом з тим позадоговірна відповідальність має свої особливості, що зумовлюють суб'єкт відповідаль­ності, обсяг відповідальності, підстави звільнення від відпо­відальності1.

Договірна відповідальність — це відповідальність за пору­шення існуючого між сторонами відносного зобов'язання, і тому вона як юридичний обов'язок має характер додатково­го, що приєднується до невиконаного. Наприклад, на поста­чальника, що прострочив виконання юридичного обов'язку, змістом якого є постачання певної кількості продукції у передбачений договором строк, покладається обов'язок сплатити неустойку і відшкодувати завдані кредиторові збит­ки. Такий обов'язок боржника, порівняно з договірним, не замінює останнього, а лише приєднується до нього і має ха­рактер додаткового.

Позадоговірна відповідальність настає за порушення юридичного обов'язку, що має абсолютний характер, входить в абсолютні правовідносини, змістом яких є необхідність утримуватися від порушення суб'єктивного права чи особис­того блага. Його порушення щодо конкретного носія права по­роджує новий обов'язок замість невиконаного — відшко­дувати завдану шкоду. Внаслідок цього позадоговірна відпо­відальність — це завжди новий юридичний обов'язок, який покладається на правопорушника замість невиконаного.

Як договірна відповідальність, так і позадоговірна за зміс том є майновими. Проте форми їх вираження різні.

Див.: Поышение роли гражданско-правовой ответственности в охране прав и интересов граждан и организаций / Под ред. Я.Н. Шевченко -К., 1988. — С. 142—154.

812 Глава 35

Договірна відповідальність має дві форми: загальну і спеціальну. *Загальна форма —* це стягнення збитків. Її засто­совують у всіх випадках, за винятком тих, де закон виключає Ті. *Спеціальні форми,* навпаки, можуть застосовуватися там, де це передбачено законом або договором. Неустойка, спла­та чи втрата завдатку, позбавлення суб'єктивного цивільного права — спеціальні форми договірної відповідальності.

У деяких випадках, передбачених законом, за порушення договірного зобов'язання може водночас застосовуватись як загальна, так і спеціальна форми.

Відповідно до ст. 453 ЦК України зміст позадоговірної відповідальності становить відшкодування шкоди в натурі (надати річ того самого роду та якості) або повне відшкоду­вання заподіяних збитків.

Маючи майновий характер, позадоговірна відповідальність у деяких, передбачених законом випадках, за своїм змістом може бути немайновою. Наприклад, наслідки порушення за­борони, що передбачає ст. 7 ЦК України, зокрема заборона поширювати відомості, які порочать честь, гідність чи ділову репутацію громадянина та організації. Вчинення таких дій є порушенням пасивного юридичного обов'язку, що кореспон­дував абсолютному суб'єктивному праву на недоторканість честі, гідності чи ділової репутації громадянина та організації. Замість невиконаного на правопорушника покладається новий активний юридичний обов'язок з властивим йому при­мусом — спростувати відповідним способом відомості, поши­рені на потерпілого. За своєю суттю цей обов'язок є мірою цивільної відповідальності з немайновим змістом. Відсутність майнового змісту не впливає на її сутність, оскільки в даному випадку зміст обов'язку зумовлюється порушеним особистим (немайновим) правом. Водночас необхідно зазначити, що підставою для позадоговірної відповідальності у передбаче­них законом випадках може бути заподіяння моральної (немайнової) шкоди (ст. 4401 ЦК).

Важливе значення для розмежування договірної та позадоговірної відповідальності має характер норм, що регу­люють види відповідальності. Позадоговірна відповідальність регулюється імперативними нормами, а тому встановлені ними правила не можуть бути змінені за згодою сторін. Якщо це стосується договірної відповідальності, то, за винятком деяких випадків, підстави і обсяг її можуть визначатися сто-

Зобов'язання Із заподіяння шкоди 813

ронами. Відповідальність за порушення договірного зобов'я­зання, коли в ньому беруть участь кілька осіб на стороні боржника, презюмується частковою (ч. 1 ст. 173 ЦК). При позадоговірній відповідальності особи, які спільно заподіяли шкоду, несуть солідарну відповідальність перед потерпілим (ст. 451 ЦК).

Відмінність між видами відповідальності полягає в дії прин­ципу повного відшкодування шкоди. Хоч він властивий обом видам відповідальності, проте у сфері договірних відносин, особливо між організаціями, законодавство містить деякі винятки, що призводять до значного обмеження дії принципу повного відшкодування збитків. Не змінює становища й той факт, що за порушення окремих видів договірних обов'язків встановлена штрафна неустойка, оскільки вона передбачена в тих договірних зобов'язаннях, де власне діє принцип повно­го відшкодування шкоди.

При позадоговірній відповідальності шкода відшкодовуєть­ся повністю незалежно від об'єкта посягання. Наприклад, при пошкодженні автомашини відшкодовуються не тільки витрати на її ремонт, а й вартість втраченого машиною товарного вигляду. Ця структура відшкодування відповідає правилу ст. 453 ЦК України. В судовій практиці, на жаль, немає випадків, коли б відшкодування здійснювалося у вигляді вартості втра­ченого товарного вигляду щодо іншого майна.

По-різному вирішується питання про підстави зменшення розміру позадоговірної і договірної відповідальності. В делікт­них зобов'язаннях до уваги береться майновий стан однієї сторони — заподіювача в особі громадянина. Відповідно до ст. 454 ЦК України суд може зменшити розмір відшкодування шкоди, заподіяної громадянином, залежно від його майново­го стану.

За проектом ЦК України це правило підлягає обмеженому тлумаченню. Якщо шкоду завдано злочином, то майновий стан особи, що скоїла злочин, не враховується при визна­ченні розміру відшкодування (ст. 1242 проекту ЦК).

У договірній відповідальності розмір збитків, завданих невиконанням або неналежним виконанням договірного обов'язку, не може зменшити орган, який розглядає спір. Щодо неустойки, то вона може бути зменшена відповідно до майнового стану не тільки боржника, а й кредитора. Підста-

***814 Глава 35***

вою зменшення неустойки є ступінь виконання зобов'язання, а також інші інтереси, що заслуговують на увагу.

При позадоговірній відповідальності заподіювач шкоди звільняється від обов'язку відшкодування, коли шкода виник­ла внаслідок умислу потерпілого (ст. 450 ЦК). Груба необе­режність також може бути підставою для відмови у відшко­дуванні (ст. 454 ЦК).

Проект ЦК України інакше оцінює юридичне значення гру­бої необережності потерпілого щодо її впливу на розмір відшкодування. За ст. 1242 проекту вона є підставою тільки для зменшення розміру відшкодування і, отже, не може бути підставою для звільнення відповідальної особи від відшкоду­вання. Це загальне правило, воно застосовується, якщо інше не передбачено законом.

При договірній відповідальності боржник звільняється від відповідальності, якщо невиконання чи неналежне виконання зумовлено умислом або необережністю кредитора (ст. 210

ЦК).

Різниця у вимогах передбачення, пред'явлених до потер­пілого та кредитора, зумовлюється тим, що при заподіянні шкоди поза зв'язком з договірним зобов'язанням правовід­носини виникають для потерпілого несподівано, тому підви­щеного передбачення в цьому випадку вимагати від потер­пілого неможливо. При договірних зобов'язаннях, оскільки кредитор очікує виконання зобов'язання і готується прийняти виконання з моменту укладення договору, від кредитора власне і повинна вимагатися така сама передбачливість, яка вимагається від боржника. Боржник несе відповідальність і за просту необережність.

Зазначені особливості позадоговірної відповідальності, її відмінності від договірної мають важливе значення не тільки для теорії цивільного права, а й для практики.

Суть і соціальне призначення позадоговірної відповідаль­ності, як і будь-якого правового явища, можуть бути розкриті за допомогою її функцій, внаслідок чого реалізується призна­чення відповідного правового явища. Функція виражає основний напрям розвитку того чи іншого правового явища. З точки зору соціології функція вказує на ту роль, яку виконує соціальний інститут. При цьому характеристика сутності функцій цивільної відповідальності, в тому числі позадого-

***Зобов'язання Із заподіяння шкоди* 8ІІ**

вірної, залежить від юридичного змісту і соціальної спрямо ваності відповідальності.

Як міра державного примусу, позадоговірна відповідаль­ність виступає як особлива реакція держави стосовно особи, яка вчинила правопорушення. Вона виражається в осуді її поведінки та супроводжується для неї негативними наслід­ками. Останні полягають у покладенні на правопорушника но­вого юридичного обов'язку, змістом якого є відшкодування заподіяної шкоди. Таке покладення впливає на правопоруш­ника через його майнову сферу, що призводить до її змен­шення, до позбавлення благ, належних йому. Позадоговірна відповідальність, викликаючи такі наслідки для правопо­рушника, має на меті поновити майнову сферу потерпілого. Вона виконує щодо нього відновну функцію. Остання здій­снюється не тільки в галузі відновлення майнових відносин, а й стосовно відновлення особистих немайнових відносин.

Впливаючи на особу правопорушника, позадоговірна відповідальність, як І інші види юридичної відповідальності, спрямована на запобігання новим правопорушенням. Примус, можливість примусу здатні психологічно спонукати до певної позитивної поведінки. Проте превенція здій­снюється не тільки у випадку покладення відповідальності. Саме існування правової норми, що передбачає відповідаль­ність за вчинене правопорушення, так само є стимулюючим фактором. На відміну від відновної функції, яка діє тільки при покладенні відповідальності, превенція здійснюється і без правозастосувальної діяльності. Як міра державного примусу позадоговірна відповідальність входить у систему спеціаль­них засобів, які здійснюють виховну функцію. Якщо відновна функція здійснюється щодо потерпілого, то превентивно-виховна функція діє не тільки на правопорушника, а й на всіх осіб. Зазначені функції притаманні і договірній відповідаль­ності, а також іншим видам юридичної відповідальності, кожна з яких здійснюється властивим їй методом.

Загальновизнаним у юридичній літературі є положення, за яким особливості відповідальності, що застосовуються на основі норм тієї чи іншої галузі права, являють собою один із виявів характерного і специфічного для неї методу правового регулювання, що в свою чергу зумовлюється природою пред­мета даної галузі права. Цивільне право регулює майнові відносини у вартісній формі та немайнові, пов'язані з майно-

***816* Глава 35**

вими і без такого зв'язку. Законодавство, встановлюючи міри цивільно-правової відповідальності, втому числі позадоговір­ної відповідальності, чи інші цивільно-правові міри примусу, передбачає таку їх спрямованість, яка б забезпечила нор­мальне функціонування відповідної групи суспільних відно­син. Враховуючи об'єкт правопорушення, чинне законодав­ство у ст. 6 ЦК України передбачає й способи захисту цивіль­них прав. Наприклад, захист майнових прав здійснюється шляхом стягнення з особи, яка порушила право, завданих збитків, а у випадках, передбачених законом або договором, сплатою неустойки, втратою завдатку чи його сплатою, поз­бавленням суб'єктивного права.

Перелічені міри державного примусу за своєю юридичною сутністю є цивільно-правовою відповідальністю. Майновий характер порушеного права, а в деяких випадках, передба­чених законом, немайновий, зумовлює майновий і немайновий зміст відповідальності. Позадоговірна відповідаль­ність — це обов'язок особи, відповідальної за шкоду, відшкодувати Ті в натурі або повністю відшкодувати заподіяні збитки. Разом з тим характер порушеного права зумовлює і можливість його відновлення (компенсації) шляхом передачі потерпілому стягнених з правопорушника грошових сум або майна, за допомогою позадоговірної відповідальності усува­ються несприятливі для потерпілого майнові наслідки, спричинені правопорушенням. Така соціальна спрямованість позадоговірної відповідальності зумовлює виникнення у неї правовідновної (компенсаційної) функції. Правовідновною функцією цивільна відповідальність відрізняється від інших видів юридичної відповідальності, деяким видам яких також властивий майновий зміст (наприклад, штраф і конфіскація як міра адміністративної чи кримінальної відповідальності).

Здійснення правовідновної функції повинно викликати зменшення майнової сфери правопорушника. Коли віднов­лення майнової сфери потерпілого не призводить до змен­шення майна правопорушника, тоді такий захід не є позадого­вірною відповідальністю. Прикладом може бути двостороння (одностороння) реституція, що має місце у разі визнання угоди недійсною, повернення одержаного майна без право­вої підстави (ст. 469 ЦК).

Втрата тієї чи іншої функції призводить до припинення існу­вання позадоговірної відповідальності як правової категорії.

***Зобов'язання Із заподіяння шкоди 817***

Зазначені функції між собою тісно пов'язані, жодна з них не має переваги над іншою.

Мета позадоговірної відповідальності — виконання всіма учасниками цивільно-правових відносин диспозиції правової норми.

**§ 4. Підстави деліктної відповідальності**

Юридичною підставою позадоговірної відповідальності є склад цивільного правопорушення (ст. 440 ЦК). Необхідні елементи складу такі: шкода, протиправна поведінка, причинний зв'язок між шкодою і протиправною поведінкою, вина. Фактичною підставою є вчинення право­порушення. У цій формі виражена формула генерального делікту: хто з своєї вини заподіяв іншому шкоду, зобов'язаний Ті відшкодувати. Встановлений ст. 440 склад цивільного пра­вопорушення поширюється на всі норми, що входять до глави 40 ЦК України, тією мірою, в якій його не змінюють спеціальні правила, передбачені окремими статтями цієї глави.

*Шкода —* зменшення або знищення майнових чи немай-нових (особистих) благ, що охороняються законом. Виступа­ючи як зменшення наявних майнових, особистих благ, шкода може бути майновою і моральною (немайновою). *Майновою* вважається шкода, яка має певну економічну цінність і вира­жається у грошах. *Моральною* є шкода, яка не має економічного змісту. У судовій практиці моральна шкода визначається як моральні або фізичні страждання, заподіяні внаслідок порушення особистих немайнових прав громадя­нина або організації чи їхніх майнових прав (постанова Пле­нуму Верховного Суду України "Про судову практику в спра­вах про відшкодування моральної (немайнової) шкоди" від 31 березня 1995 р.). Необхідно зазначити, що характер шкоди не визначається об'єктом, якому вона завдається. Майнова і моральна шкода може мати місце як при порушенні май­нових, так і особистих благ. Наприклад, заподіяння каліцтва, що спричинило зниження працездатності, призводить до зменшення заробітної плати. Привласнення чужого авторст­ва позбавляє автора одержати авторський гонорар. У наве-

818 Глава 33

дених прикладах майнова шкода є наслідком порушення особистих немайнових благ. У зв'язку з цим знищення фотог­рафії близької людини викликає певні душевні страждання (моральну шкоду), проте майнової шкоди немає.

Вказуючи на шкоду як елемент цивільного правопорушен­ня, ст. 440 ЦК України передбачає майнову шкоду, внаслідок якої до складу правопорушення входить лише майнова шкода. Її відсутність виключає кваліфікацію поведінки як цивільного правопорушення. Разом з тим до складу правопорушення входить і моральна шкода (ст. 4401 ЦК). Хоч вона, на відміну від майнової, не визначає розмір її відшкодування, суд виносить рішення про відшкодування у грошовій або іншій матеріальній формі моральної шкоди.

Розмір відшкодування моральної шкоди визначається з урахуванням суті позовних вимог, характеру правопорушен­ня, глибини моральних і психічних страждань потерпілого та інших негативних наслідків, але не менше п'яти мінімальних розмірів заробітної плати (докладніше про компенсацію мо­ральної шкоди див. параграф 15 даної глави).

При пошкодженні чи знищенні майна шкода виражається у сумі вартості знищеної або пошкодженої речі. Коли така річ давала плоди і доходи, тоді шкода виражається у втраті можливості їх одержання. При ушкодженні здоров'я потер­пілий втрачає повністю або частково працездатність, що обмежує вияв його особистості, внаслідок чого виникає повна або часткова втрата заробітної плати. При заподіянні смерті майнова шкода виявляється у втраті можливості одер­жувати майнове утримання непрацездатними особами, які були на утриманні померлого, а також у витратах на похован­ня померлого.

Майнова шкода, входячи до складу цивільного правопору­шення, виконує ще одну функцію—її розмір визначає розмір цивільної відповідальності.

*Протиправність поведінки —* це невиконання юридичного обов'язку, встановленого нормою права. Юридичні обов'яз­ки, ухилення від яких заборонено законом, виявляються у формі необхідності утримуватись від вчинення певних дій для невизначеного кола. Протиправність завжди виявляється у конкретних формах і поза ними не існує. Форми протиправної

***819***

Зобов'язання Із заподіяння шкоди

поведінки безпосередньо пов'язані з формами юридичних обов'язків:

необхідність вчиняти певні дії для конкретної особи (активний обов'язок);

необхідність утримуватися від вчинення дій, заборонених нормою права (пасивний обов'язок).

Якщо для виконання активного юридичного обов'язку необхідно, щоб зобов'язана особа вчиняла певні дії, то пасив­ний юридичний обов'язок виконується шляхом утримання від вчинення заборонених дій.

Відповідно **до** форм юридичних обов'язків Протиправність виступає у формі дії і бездіяльності. *Протиправна дія —* це поведінка, що заборонена законом. У разі протиправної без­діяльності особа не вчиняє дії, до якої вона зобов'язувалася нормою права. Сама по собі пасивність не є протиправною, вона стає такою лише у випадку, коли норма права зобо­в'язує дану особу до вчинення відповідної дії. Як дія, так і бездіяльність — це форми поведінки людини, в яких виражена її свідомість і воля. Вольова дія (бездіяльність) особи завжди допускає наявність і відображається втому чи іншому вчинку, який підпадає під правовий вплив. Право здатне вплинути і на імпульсивну поведінку особи, за якої людина зберігає до­статні можливості самоконтролю1.

Отже, значення правового регулювання полягає в тому, що закон пред'являє свої вимоги у формі правових приписів лише до тих, хто може їх розуміти, виконувати, діяти свідомо. Протиправна дія (бездіяльність) особи характеризує зов­нішню, очевидну сторону поведінки, що полягає у невиконанні юридичного обов'язку. Розуміння протиправної дії чи без­діяльності як об'єктивної категорії означає, що виявившися зовні, вона існує як факт, незалежний тепер від свідомості суб'єкта, і змінити який не неможливо.

Держава, нормуючи поведінку людей і діяльність колекти­вів, забезпечує їм можливість свободи вибору власної пове­дінки, діяльності, однак цей вибір має свої межі. Вибір по­ведінки на основі необхідності і в межах правового регупю-

\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_ -

Не підлягають правовій оцінці рефлекторні дії, основу яких становить неусвідомлена реакція особи на зовнішнє роздратування, а також інстинктивні дії людини, що пов'язані з її вродженими формами або проя­вами, підпорядкованими умовним рефлекторним реакціям.

820 Глава 35

вання є вільним вибором. У нашому випадку свобода вибору полягає не в тому, що зобов'язаний суб'єкт вирішує сам чи виконувати, чи не виконувати йому покладений на нього юридичний обов'язок; вільний вибір тут полягає в обранні такої поведінки, яка б не призвела до порушення юридичного обов'язку.

Стаття 440 ЦК України визначає зміст юридичного обов'язку встановленням заборони, що виражена в її диспо­зиції: не завдавати шкоди особі громадянина, його майну, майну організації. Юридичний обов'язок, який покладається у даному випадку на суб'єктів абсолютних правовідносин, є пасивним, виконання його здійснюється утриманням від вчинення заборонених дій. Виражена у ст. 440 ЦК України за­борона є загальною, особливість її полягає в тому, що вона не перераховує дій, які не можна вчиняти; вона лише вста­новлює видову або родову характеристику, пов'язуючи її з негативним результатом. Ця стаття не може передбачити і перерахувати дії, якими можна заподіяти шкоду. Тому вона забороняє будь-яку подібну дію. Порушення заборони, тобто вчинення дії, що завдала шкоду іншій особі, є протиправною дією. Вчинення протиправної дії завжди призводить до пору­шення суб'єктивного права і блага (матеріального чи особистого), на яке існує суб'єктивне право. Спід зазначити, що загальна заборона властива не тільки цивільному праву. Вона використовується і в кримінальному праві, де за її до­помогою формулюються деякі склади злочинів, зокрема хуліганство, необережне вбивство, знищення майна тощо. Характерно, що там, де кримінальний закон не може повно деталізувати опис об'єктивної сторони злочину, він обме­жується вказівкою на один із елементів — шкідливі наслідки.

Отже, відповідно до загальної заборони, що передбачена в ст. 440 ЦК України, першою формою протиправної поведінки буде свідома і вольова дія, яка завдала шкоди особі грома­дянина, його майну або майну організації.

Другою формою протиправної поведінки є *протиправна бездіяльність,* якій відповідає юридичний обов'язок в активній формі — обов'язок вчинити необхідні дії. Якщо протиправність дії полягає в тому, що особа вчиняє заборонені дії, то при бездіяльності особа не вчиняє дій, до яких вона норма­тивне зобов'язувалася. Власне, для визначення бездіяльності протиправною необхідна спеціальна норма, що знаходиться

***821***

Зобов'язання Із заподіяння шкоди

поза ст. 440 ЦК України. Вона досить часто належить до системи нормативних актів інших галузей. До таких норм можна віднести правила з охорони праці, правила техніки безпеки, санітарії, правила дорожнього руху тощо. Прикладом спеціальних правил може бути ст. 53 Кодексу торговельного мореплавства, що зобов'язує капітана судна: 1) подавати до­помогу будь-якій поміченій у морі особі, якій загрожує загибель; 2) йти з усією можливістю на допомогу потерпілим, коли його повідомлено, що вони потребують допомоги. Невиконання цього обов'язку є протиправною бездіяльністю, а тому ч. З згаданої статті вказує на те, що за невиконання зазначених дій (обов'язків) капітан несе встановлену зако­ном відповідальність.

Бездіяльність визнається протиправною за умови, якщо в ній виявлені свідомість і воля особи. Коли особа внаслідок об'єктивних обставин не могла діяти, тоді упущена нею без­діяльність не була виявом її розуму та волі. При цьому вона не може бути визнана протиправною. Така особливість іноді безпосередньо зазначається в нормі, яка покладає обов'язок діяти. Так, наведена ст. 53 Кодексу торговельного мореплав­ства, покладаючи на капітана судна обов'язок подати допо­могу поміченій у морі особі, якій загрожує загибель, засте­рігає умовою: оскільки він може це зробити без небезпеки для свого судна, екіпажу і пасажирів. Якщо така можливість об'єктивно виключається, неподання допомоги не вважати­меться протиправним. Слід зазначити, що Кримінальний ко­декс України, передбачаючи відповідальність за неподання допомоги особі, яка перебуває в небезпечному для життя стані, пов'язує Ті з фізичною можливістю виконати: "мав можливість подати їй допомогу", "при можливості подати таку допомогу", "неподання без поважних причин допомоги" (статті 111—113 Кримінального кодексу України). Відсутність такого застереження в нормі, яка покладає обов'язок діяти, не може бути підставою для неврахування об'єктивної можливості діяти. Протилежний висновок суперечив би суті поведінки людини.

Чинне законодавство передбачає випадки, коли заподіян­ня шкоди вважається правомірним. Відповідно до вимог ст. 440 ЦК України шкода, заподіяна правомірними діями, підлягає відшкодуванню лише у випадках, передбачених за-

***822 Глава 35***

коном. Заподіяння шкоди вважається правомірним у таких випадках:

1. Здійснення прав і виконання обов'язку. Це найпошире­ніший спосіб заподіяння шкоди правомірними діями.

2. Згода потерпілого на заподіяння йому шкоди. Така згода має юридичне значення за умови, що вона є добровільною та її здійснення не порушує інтереси інших осіб. Пошкодження, на відвернення якого дана згода, є у вільному розпорядженні потерпілого. Проте не має юридичного значення згода потер­пілого на ушкодження здоров'я, заподіяння смерті, така дія завжди буде протиправною.

3. Виключається протиправність заподіяння шкоди дією, яка вчинена у стані необхідної оборони. Відповідно до ст. 444 ЦК У країни така шкода не підлягає відшкодуванню. Необхідна оборона згідно зі ст. 15 Кримінального кодексу України є пра­вом кожного громадянина на самозахист та захист осіб від будь-яких посягань з боку правопорушника. Шкода, заподіяна посягаючому, не підлягає відшкодуванню, оскільки вона є наслідком правомірних дій. У юридичній науці і судовій прак­тиці докладно розроблено критерії правомірності дій, вчине­них у стані необхідної оборони.

У проекті ЦК України закріплена судова практика, згідно з якою, якщо при захисті від протиправного посягання той, хто обороняється, заподіяв шкоду третім особам, вона відшкодо­вується тим, хто вчинив напад.

У разі перевищення меж необхідної оборони шкода, запо­діяна посягаючому, підлягає відшкодуванню. Перевищення меж необхідної оборони являє собою комуляцію двох право­порушень — кримінального та цивільного. Підставою для пок­ладення обов'язку на заподіювача шкоди є цивільне правопо­рушення. Проте розмір відшкодування не може визначатися без урахування того„що шкода виникла внаслідок злочинних дій потерпілого. Шкода в даному випадку відшкодовується згідно зі ст. 440 ЦК України.

4. Правомірними вважаються дії, якими завдано шкоди у стані крайньої необхідності. Умовами правомірності запо­діяння шкоди є: неможливість за певних обставин усунути не­безпеку, що загрожує, іншими засобами.

Крайня необхідність, як і необхідна оборона, є здійснення права на захист, тобто правомірною дією. Однак на відміну від необхідної оборони, де шкода завдається посягаючому,

Заподіяння шкоди

***823***

при крайній необхідності шкода завдається особі, поведінка якої є правомірною. При крайній необхідності захист блага, якому загрожувала небезпека, здійснюється за рахунок порушення інтересів (заподіяння шкоди) особи, яка ніякого відношення до небезпеки, що виникла, не має. Враховуючи ситуацію, ЦК України в ст. 445 покладає на заподіювача шкоди, поведінка якого є правомірною, обов'язок відшкоду­вання шкоди. Якщо заподіювач діяв не в своїх інтересах, а в інтересах третіх осіб, то ст. 445 надає право суду покласти обов'язок відшкодування на третю особу чи звільнити від відшкодування шкоди повністю або частково як цю третю особу, так і того, хто заподіяв шкоду.

Необхідно зазначити, цю правомірна поведінка заподію­вача шкоди виключає можливість ставити питання про відпо­відальність. Стаття 445 ЦК України передбачає один із тих випадків, коли правомірно заподіяна шкода підлягає відшко­дуванню (слід підкреслити, що назва даної статті не відповідає її змістові).

В проекті ЦК України назву статті про крайню необхідність приведено у відповідність з її змістом. Заголовок ст. 1222 про­екту такий: "Відшкодування шкоди, завданої у стані крайньої необхідності".

Проект ЦК України на відміну від чинного передбачає ще один варіант заподіяння шкоди правомірною дією. У зв'язку з цим у проекті сформульовано таку норму: "В разі прийняття закону, цю припиняє право власності, завдані власникові внаслідок прийняття такого закону збитки підлягають відшко­дуванню у повному обсязі відповідно до реальної вартості майна на момент припинення права власності державою за рахунок загальнодержавної скарбниці, Автономною Респуб­лікою Крим за рахунок її скарбниці, територіальною громадою за рахунок її скарбниці". Ця норма покликана захистити інте­реси власника шляхом відшкодування заподіяної шкоди (збитків).

*Причинний зв'язок* як елемент цивільного правопорушен­ня виражає зв'язок протиправної поведінки і шкоди, що на­стала, при якому протиправність є причиною, а шкода — наслідком. Заподіювач несе відповідальність лише за ту шкоду, яка є необхідним наслідком його поведінки. Визнача­ючи склад цивільного правопорушення, ст. 440 ЦК України вимогу наявності причинного зв'язку виражає шляхом

Глава 35

вказівки на особу, яка заподіяла шкоду. В окремих складах цивільного правопорушення, що передбачені спеціальними нормами глави 40 ЦК України, причинний зв'язок має свої особливості. Він має не одну, а дві і більше ланок. Так, при відповідальності за ст. 447 ЦК У країни в причинний зв'язок як елемент складу правопорушення входить причинний зв'язок між поведінкою неповнолітнього і шкодою, між діями неповнолітнього і поведінкою осіб, які несуть відповідальність. При ушкодженні здоров'я необхідним є причинний зв'язок між протиправною поведінкою і ушкодженням здоров'я, між уш­кодженням здоров'я і втратою працездатності.

Встановлення причинного зв'язку між протиправною пове­дінкою і шкодою дає можливість визначити суб'єкта відпові­дальності та Ті межі, тобто особа несе відповідальність лише за ту шкоду, яка викликана Ті поведінкою.

*Вина* відповідно до функції, яку вона виконує у структурі правопорушення, в цивілістичній літературі визначається як психічне ставлення особи до вчинюваної нею протиправної дії чи бездіяльності та Ті можливих наслідків. Категорія "пси­хічне ставлення", що використовується в понятті вини, вира­жає оцінку (можливість оцінки) поведінки, передбачення або можливість передбачення настання шкідливих наслідків. Вина тісно пов'язана з протиправністю та Ті наслідками. Питання про вину виникає лише за умови, коли вчинена протиправна поведінка. Маючи спільні риси з протиправністю, вина відріз­няється від неї усвідомленням або можливістю усвідомлення протиправного чи соціальне значущого характеру дії (бездіяльності) і передбаченням або можливістю передбачен­ня шкідливих наслідків.

Залежно від співвідношення психічних елементів, що утво­рюють зміст вини, визначаються Ті форми — *умисел і необережність.* Для першої форми вини — умислу — харак­терним є усвідомлення особою суспільної небезпеки своєї поведінки, передбачення негативних Ті наслідків, бажання такої поведінки або небажання, але свідоме Ті допущення. В основу цієї характеристики умислу покладено різницю між його видами—*прямим {евентуальним.* Цивільне законодав­ство не поділяє умисел на види, оскільки немає такої потреби. Справа не лише в тому, що види умислу, як у цілому форми вини, не впливають на розмір відповідальності. При умисному цивільному правопорушенні правопорушник ні прямо, ні

Зобов'язання Із заподіяння шкоди\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_825

евентуальне не ставить собі за мету завдати шкоду, зокрема громадянинові, його праву на недоторканність життя і здоров'я, яке порушує. Усвідомлюючи соціальне значення своєї поведінки та можливі Ті наслідки, правопорушник не на­магається їх досягти — він намагається досягти іншого результату, корисного для нього самого.

Для другої форми вини — необережності — характерно, що особа, яка вчиняє правопорушення, передбачала можливість настання негативних наслідків своєї поведінки, але легковаж­но розраховувала на їх відвернення або не передбачала можливості таких наслідків, хоч повинна була або могла їх передбачити. На відміну від кримінального законодавства, цивільне розрізняє *просту і грубу* необережності, що має зна­чення при визначенні розміру відшкодування (ст. 454 ЦК). Для розмежування простої і грубої необережності можна використати відоме положення римського права "нерозумін­ня того, що всі розуміють". При грубій необережності особа порушує елементарні правила поведінки, а тому ступінь шкідливих наслідків досить великий. При простій необереж­ності, навпаки, протиправність полягає у порушенні складних правил, у зв'язку з чим ступінь передбачення наслідків досить малий.

Науково-технічний прогрес ставить великі вимоги до всіх професій, зокрема тих, які пов'язані з використанням особливо небезпечних приладів, машин тощо. Необізнаність неприпустима у будь-якій галузі діяльності, і де б вона не виявилася, результатом Ті є людська трагедія. Наше законо­давство не знає такої форми вини, як необізнаність, хоч по­треба в ній є. При необізнаності особа не виявляє в діях необ­хідних знань, яких вимагає відповідна професія. Психологіч­ний механізм необережної вини при необізнаності полягає у тому, що особа усвідомлює свою непідготовленість до обраної нею діяльності і не може передбачити негативні наслідки з причини своєї некомпетентності.

У новому законодавстві необхідно було б передбачити і таку форму необережності, як неосвіченість. Хоч вона також не впливає на розмір цивільної відповідальності, але Ті існу­вання у законі було б застереженням для тих, хто, усвідом­люючи свій низький професійний рівень, береться за роботу, яка потребує високої професійної кваліфікації

***826***

***Глава 35***

На відміну від кримінального права, де існує презумпція (припущення) невинності, в цивільному законодавстві перед­бачено протилежне правило: Той, хто заподіяв шкоду, звільняється від її відшкодування, коли доведе, що шкоду заподіяно не з його вини" (ст. 440 ЦК). Припущення вини заподіювана шкоди належить до презумпцій, що можуть бути спростовані, тобто довівши свою невинність, заподіювач тим самим спростовує презумпцію, доводить її хибність. Якщо в процесі дослідження всіх матеріалів справи не вдалося спрос­тувати цю презумпцію, то вона є юридичною підставою для висновку про наявність вини заподновача шкоди. Презумпція вини заподіювача шкоди — одна з правових форм вираження принципу рівності сторін у цивільному процесі (щодо склад­ності доведення).

Отже підстава позадоговірної відповідальності — це цивільне правопорушення, структурними елементами якого є шкода, протиправність поведінки, причинний зв'язок та вина.

**§ 5. Відповідальність організації за шкоду, заподіяну з вини її працівника**

Правовою підставою позадоговірної відповідальності організації є ст. 441 ЦК України, у зміст якої закладено вимогу до організації відшкодувати шкоду, завдану з вини її працівника при виконанні ним своїх трудових (служ­бових) обов'язків. Згідно з цією статтею формулюються за­гальні вимоги до відповідальності організацій незалежно вір того, за якою статтею кваліфікується конкретний випадок відповідальності. Правило ст. 441 ЦК України про коло осіб, протиправні й винні вчинки яких розглядаються як дії самої організації, є загальним правилом віднесення до суб'єктів відповідальності організації1. Відповідальність організації за дії її працівників випливає із суті організації як колективного

\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_

Хоч названа норма міститься у системі зобов'язань, що виникають внаслідок заподіяння шкоди, однак її загальні положення поширюються на договірну відповідальність організації.

***Зобов'язання Із заподіяння шкоди\_ 627***

соціального утворення. Працівник, здійснюючи свої трудові обов'язки, не виступає як окремий суб'єкт права — із су­марних дій працівників при здійсненні їх трудових (службових) обов'язків складається діяльність організації як єдиного

цілого.

Встановлюючи вимогу відшкодування організацією шкоди, ст. 441 ЦК України передбачає такі ознаки складу цивільного правопорушення, як підстави для відшкодування: а) наявність трудових (службових) зв'язків між організацією та працівни­ком, з вини якого заподіяна шкода; б) заподіяння шкоди пра­цівником при виконанні ним трудових (службових) обов'язків. Водночас на відповідальність організацї поширюється перед­бачений ст. 440 ЦК України загальний склад цивільного пра­вопорушення. Правовий зв'язок організації з працівником втілюється у трудових відносинах незалежно від їх характе­ру— постійні, тимчасові, сезонні або виконання іншої роботи за трудовим договором (ч. 1 п. 5 постанови Пленуму Верхов­ного Суду України "Про практику розгляду судами цивільних справ за позовами про відшкодування шкоди" від 27 березня 1992 р.), у відносинах членства в кооперативі, громадському об'єднанні чи відносинах служби (працівники Служби безпеки України, Міністерства внутрішніх справ України і військово­службовці Збройних Сил України).

Проект ЦК України розширив коло осіб, які визнаються працівниками юридичних і фізичних осіб. Маються на увазі фізичні особи, що виконують роботу на підставі цивільно-пра­вового договору, якщо при цьому вони діяли або повинні були діяти за завданням юридичної чи фізичної особи і під її конт­ролюванням безпечного ведення робіт.

Під виконанням трудових обов'язків слід розуміти виконан­ня працівником роботи, обумовленої при прийнятті на роботу або дорученої йому адміністрацією, вищестоящим органом разово чи тимчасово на території підприємства або поза нею протягом робочого часу. Підкреслюючи цю підставу, названа постанова Пленуму Верховного Суду України вказує: "якщо шкода завдана ним у зв'язку з виконанням трудових обов'яз­ків". У свою чергу дії працівника (хуліганство, бійки, пустощі тощо), які за своїм змістом не випливають з його становища працівника даної організації, хоч вчинені під час виконання ним своїх трудових обов'язків, не тягнуть за собою відпові-

***828***

Глава 35

дальності організації. Відшкодування здійснює сам працівник на загальних підставах позадоговірної відповідальності.

При визначенні протиправної поведінки працівника необхідно врахувати, що загальна заборона, передбачена у ст. 440 ЦК У країни, поширюється на організації, але втілюєть­ся в конкретних обов'язках працівника. Тому протиправною вважається діяльність працівника, яка порушує умови і поря­док здійснення ним своїх трудових обов'язків. Бездіяль­ність — це невиконання працівником обсягу роботи, обумов­леної трудовим договором, певними правилами, інструкцією тощо. Наведемо два приклади. За розпорядженням керуючо­го відділом держгоспу працівник І. спалював солому на площі, що межувала з лісовими угіддями. В результаті нехтування правилами пожежної безпеки (спалювання проводилось при сильному вітрі), вогонь перекинувся на ліс, внаслідок чого лісгоспові заподіяно матеріальну шкоду. Другий випадок. Залишена під час операції марлева серветка стала причиною нового захворювання пацієнта С., що викликало другу операцію. Все це призвело до інвалідності другої групи. Такий наслідок стався тому, що медпрацівники не додержувалися загальнообов'язкових правил підрахування матеріалів, інструментів до і після операції.

У наведених прикладах протиправна поведінка працівників перебувала у причинному зв'язку з виконанням ними тру­дових обов'язків, а тому відповідальність за заподіяну ними шкоду слід покласти на організацію.

Підставою відповідальності організації є не лише вина її керівного органу, а й будь-якого працівника, який під час виконання своїх трудових обов'язків заподіяв шкоду. Згідно зі ст. 441 ЦК України організація відповідає за шкоду, запо­діяну її працівником у будь-якій сфері діяльності: господар­ській, культурно-освітній, охорони здоров'я, управлінській та ін. Спеціальний склад правопорушення необхідний при відпо­відальності за статтями 442 і 443 ЦК України.

Організація, що відшкодувала шкоду потерпілому, може звернутися з регресною вимогою до працівника, з вини якого заподіяно шкоду; розмір стягнення визначається законодав­ством, яке регулює відносини працівника з організацією (ста­тутом кооперативу, статутом громадського об'єднання тощо).

Зобов'язання Із заподіяння шкоди 829

**§ 6. Відповідальність за шкоду, заподіяну актами влади державних і громадських організацій**

Відповідно до ст. 442 ЦК України шкода, заподіяна громадянинові незаконними діями державних і громадських організацій, а також службових осіб при вико­нанні ними службових обов'язків у галузі адміністративного управління, відшкодовується на загальних підставах (статті 440 і 441 ЦК), якщо інше не передбачено законом. За шкоду, заподіяну такими діями організаціям, відповідальність настає в порядку, встановленому законом. Як окремий випадок позадоговірної відповідальності ст. 442 передбачає спеціальні підстави відповідальності, що відображають характер проти­правних дій і конкретизацію суб'єкта, що їх безпосередньо вчиняє. Ними є: а) заподіяння шкоди незаконними діями в га­лузі адміністративного управління; б) заподіяння шкоди діями службової особи.

Адміністративна діяльність як функція регіональних органів державного управління здійснюється за допомогою владних односторонніх приписів — адміністративних актів. Під *адміністративним актом* слід розуміти такі владні дії органів управління, що здійснюються у процесі виконавчо-розпоряд­чої діяльності, виражають їх волю і спрямовані на встанов­лення правил поведінки організацій, кооперативів, службових осіб і громадян, які не перебувають у їх безпосередньому підпорядкуванні. Власне, публічний характер акта—це те, що є істотним для дії у галузі адміністративного управління.

Адміністративні акти — це не лише документи індивідуаль­ного характеру (постанови, рішення, розпорядження та ін.). Юридичні наслідки здатні викликати адміністративні акти, виражені у будь-якій формі (письмово, усно, конклюдентними діями). Тому для відповідальності на підставі ст. 442 ЦК України не має значення, в якій об'єктивній формі відобра­жається державно-владний припис. Ним можуть бути як письмові акти індивідуального характеру, так і усні розпоряд­ження, а також безпосередні дії при застосуванні примусових заходів (примусове вилучення, застосування фізичної сили, зброї тощо).

830 Глава 35

Дії у сфері адміністративного управління (адміністративні акти) мають право вчиняти не будь-які працівники державних органів і громадських об'єднань, а лише ті з них, які є служ­бовими особами. Відповідно до ст. 442 ЦК України це особи, які внаслідок свого службового становища (займаної посади) або окремого доручення наділені у певній сфері адміністра­тивної діяльності владними повноваженнями щодо невизначеного кола осіб, тобто осіб, що не перебувають у їх безпосе­редньому підпорядкуванні; діяльність службових осіб має публічний характер. Дії представника влади є обов'язковими для виконання, і в необхідних випадках вони можуть бути за­безпечені примусовими заходами. Будь-яка службова особа має право давати обов'язкові розпорядження, проте ці пов­новаження не виходять за межі даного відомства і поши­рюються лише на підпорядкованих йому працівників.

Наступною підставою відповідальності згідно зі ст. 442 ЦК України є незаконність дій при виконанні службових обов'яз­ків. Службовими вважаються такі дії, з яких складається адміністративний акт. Це дії, вчинені службовою особою при виконанні покладених на неї державно-владних функцій. По­рушення порядку та умов здійснення цих функцій становить незаконність дій службової особи. Прикладом здійснення дій такого характеру може бути така справа. Громадянин К. їхав на своєму "Запорожці" вулицею міста і був зупинений авто­інспектором міського відділу внутрішніх справ. Сівши в авто­машину, автоінспектор наказав громадянинові К. сприяти йому в затриманні порушника правил дорожнього руху водія автомашини "31Л". Щоб наздогнати порушника, громадянин К. повинен був підвищити швидкість. На повороті шосе з галь­ковим покриттям він не впорався з керуванням, внаслідок чого автомашина вдарилася у скелю, що нависла над доро­гою. В результаті аварії автомашина дістала значне пошкод­ження. Громадянин К. звернувся з позовом про стягнення з міського відділу внутрішніх справ суми відшкодування, що ста­новить вартість ремонту автомашини. Справу не раз розгля­дали різні судові інстанції, кожна з яких підтримувала рішення народного суду, за яким громадянинові К. було відмовлено у позові з тих мотивів, що в місці аварії допустима швидкість руху автомашин була у межах ЗО км/год, а позивач їхав на­багато швидше, до чого інспектор його не зобов'язував. На­далі всі ці рішення були опротестовані. У протесті було звер-

***831***

нено увагу на ті мотиви, що їх допустили судові інстанції. Одним із мотивів відмови був той факт, що автомашина не виходила з володіння власника. Дійсно, автомашина не ви­була з володіння громадянина К. Однак держінспектор в ав­томашині усвідомлював, що виконати його наказ — наздог­нати автомашину "ЗІЛ" на "Запорожці" громадянин К. міг, тільки застосувавши підвищену швидкість руху. Отже, викону­ючи розпорядження представника органів влади, громадянин К. діяв в особливих умовах. Суд першої інстанції, розгляда­ючи справу, не взяв до уваги цей факт і не дав йому належної оцінки. У даному випадку необхідно було врахувати, що гро­мадянин К. діяв не за своєю волею, а виконував розпоряд­ження інспектора. І ще одна обставина, на яку було звернено увагу в протесті, — чи правомірним був вибір автомашини інспектором, чи були такі обставини, що не терплять відкладання, за яких мала бути використана власна авто­машина громадянина К. для затримання порушника правил дорожнього руху? З аналізу справи випливає, що вибір "За­порожця" був неправомірним, ця автомашина не могла на­здогнати "ЗІЛ". Крім того, ніяких обставин, що вимагали не­гайної затримки порушника правил, не було. Тому в протесті зазначалося, що шкода, завдана з вини службової особи при виконанні нею службових обов'язків у галузі адміністратив­ного управління, підлягає відшкодуванню організацією, з якою ця особа перебуває у службових відносинах. Таким самим було і судове рішення наглядової інстанції.

*Адміністративна діяльність —* це насамперед владна діяльність, де завжди повинна бути сфера дискреційного роз­суду владного суб'єкта. Тому не можна вважати протиправ­ними недоцільні дії, вчинені службовою особою в межах наданих їй законом повноважень. У свою чергу до проти­правних дій необхідно віднести дії службової особи, що вихо­дять за межі наданих їй або органу повноважень. Слід за­значити, що в практиці частіше мають місце випадки виходу за межі наданих повноважень службовій особі, чим порушую­ться порядок та умови здійснення владних функцій. Цікавим прикладом заподіяння шкоди внаслідок виходу за межі нада­них повноважень є така справа. Рішенням виконкому міської ради народних депутатів громадянинові Л. було дозволено провести капітальний ремонт половини будинку, який нале­жав йому на праві власності. При проведенні капітального

**832**

***Глава 35***

ремонту громадянин Л. провів заміну стінового матеріалу, тобто замість старих дерев'яних стін поставив цегельні. Рішенням виконкому збудована громадянином Л. частина будинку при капітальному ремонті визнана самовільним будівництвом, і його було зобов'язано знести цю будову своїми силами протягом одного місяця. У разі невиконання весь будинок буде знесено. Рішення виконкому громадянин Л. не виконав, і будинок був знесений. Громадянин Л. звер­нувся до суду з позовом до виконкому ради народних депу­татів та управління комунального господарства, яке знесло будинок, про відшкодування шкоди, заподіяної знесенням будинку і псуванням речей, а також будівельного матеріалу. При розгляді справи суд встановив, що будівництво, проведе­не громадянином Л., не є самовільним. Капітальний ремонт проведено з дозволу виконкому відповідно до технічної доку­ментації, затвердженої відповідним органом. Подібні дані містяться і у висновках судово-будівельної експертизи. На підставі цих даних суд дійшов висновку, що громадянин Л. здійснив не нове будівництво, а капітально-відновлювальний ремонт із заміною матеріалу. У даному випадку не було спо­руджено будинку на новому місці зі створенням самостійного особистого житла. Врахувавши це, суд констатував, що гро­мадянин Л. не проводив самовільного будівництва, а отже рішення виконкому визнав необгрунтованим, стягнувши з нього вартість знесеного будинку, а розмір шкоди, завданої псуванням речей і будівельних матеріалів — з відділу кому­нального господарства. Необхідно зазначити, що за ч. 2 ст. 105 ЦК України виконком міської районної ради народних депутатів має право за наявності необхідних підстав винести рішення про знесення будинку. В даному випадку для вине­сення рішення про знесення будинку у виконкому не було ніяких підстав. Отже, своїм рішенням виконком вийшов за межі наданих йому повноважень, чим вчинив незаконні дії, що стали підставою для відповідальності виконкому за ст. 442 ЦК України.

Таким чином, незаконними визнаються дії службової особи, що порушують порядок та умови здійснення нею дер­жавно-владних функцій або виходять за межі наданих повно­важень. Загальна заборона, передбачена в ст. 440 ЦК України, поширюється на всіх суб'єктів відповідальності за ст. 442, але, як і при відповідальності за ст. 441, вимога за-

***833***

Зобов'язання Із заподіяння шкоди

гальної заборони включається до змісту позитивних обов'яз­ків службових осіб. Тому незаконність заподіяння шкоди не презюмується. Вона має бути визнана уповноваженим на те органом — судовим чи адміністративним. Загальне правило:

попереднє (до звернення з позовом до суду) оскарження і визнання адміністративних актів незаконними не вима­гається, коли цей акт виражено в усній формі або за допомо­гою конклюдентних дій (розпорядження, застосування зброї, фізичного примусу тощо). За такої ситуації громадянин має право безпосередньо звернутися до суду з позовом до уста­нови, службова особи якої заподіяла шкоду. Суд, розглянувши справу, дає правову оцінку діям службової особи, визнає їх незаконними, на підставі ст. 442 ЦК України повинен задо­вольнити позов.

У тих випадках, коли шкода завдається неправильними юрисдикційними актами органів адміністративного управлін­ня, тобто внаслідок необгрунтованого застосування адміні­стративної відповідальності (штрафів, конфіскацій, позбав­лення прав тощо), оскарження здійснюється за правилами статей 244—246 Цивільного процесуального кодексу України. Цей же кодекс (ст. 2481—24814) передбачає право громадян на оскарження в суді неправомірних дій службових осіб, коли громадянин незаконно позбавлений можливості повністю або частково здійснити право, надане йому за законом чи іншим нормативним актом, а також у випадку незаконного покладення на громадянина будь-якого обов'язку. Такого роду скарги суди розглядають у порядку не позовного, а про­вадження у справах, які виникають із адміністративно-пра­вових відносин. Якщо суд визнає адміністративний акт неза­конним, громадянин, якому таким актом заподіяно шкоду, звертається з позовом до суду до організації про відшкоду­вання шкоди за правилами ст. 442 ЦК України. Постанова адміністративного органу або суду про правову оцінку адміні­стративного акта має преюдиціальне значення для суду, що розглядає позов. Додержання передбаченого законом по­рядку є важливою юридичною гарантією захисту порушеного права громадянина, недотримання його виключає можли­вість оцінки адміністративного акта в іншому порядку.

Суб'єктом відповідальності за ст. 442 є організація, служ­бова особа якої незаконно заподіяла шкоду. Такими орга-

**27 О.** Дзера

834 Глава 35

нізаціями можуть бути не тільки державні установи як вико­навчо-розпорядчі органи держави, а й інші установи, під­приємства, громадські об'єднання, що можуть у деяких випадках приймати акти в галузі адміністративного управ­ління, хоч вони й не мають державно-владних повноважень.

Відповідальність за шкоду, завдану організаціям неза­конними діями у галузі адміністративного управління, ст. 442 ЦК України пов'язує із спеціальним порядком, під яким розу­міє наявність спеціального закону, який би передбачав таку відповідальність. У даний час у нас немає загального закону про відповідальність за шкоду, завдану організаціям незакон­ними діями в галузі адміністративного управління. Відпові­дальність перед організаціями за ст. 442 настає лише у випад­ках, коли спеціальний закон передбачає відповідальність. До таких законів належить Закон України "Про споживчу коопе­рацію", який забороняє державним і кооперативним органам (спілкам, об'єднанням кооперативів) втручатися в господар­ську та іншу діяльність кооперативу. У разі видання органом державного управління чи кооперативним органом акта, що порушує права кооперативу, кооператив має право зверну­тися до суду або арбітражного суду про визнання такого акта недійсним повністю або частково. Збитки, заподіяні коопе­ративу внаслідок виконання кооперативними органами своїх обов'язків щодо кооперативу, підлягають відшкодуванню цими органами.

У цивілістичній літературі широко обґрунтовується точка зору, відповідно до якої усі відносини з відшкодування шкоди, що виникли в сферах, які регулюються різними галузями права, є цивільно-правовими1. Виходячи з цього, до спеціаль­ного закону, якого вимагає ст. 442 ЦК України, слід віднести Закон України "Про підприємства в Україні", який заборонив державним, громадським і кооперативним органам втру­чатися у діяльність підприємств. У разі видання державним або іншим органом акта, який не відповідає його компетенції або вимогам закону, підприємство має звернутися до суду або арбітражного суду із заявою про визнання такого акта недійсним. Важливе значення для захисту прав підприємства

*1* Див.: *Братусь С.Н.* Юридическая ответственность и законность.. — М., 1976.— С. 157.

***835***

Зобов'язання Із заподіяння шкоди

II »

мають положення закону, відповідно до яких збитки, завдані внаслідок виконання вказівок державних або інших органів чи службових осіб, які порушили права підприємства, а також у результаті неналежного здійснення такими органами або їх службовими особами передбачених законом обов'язків щодо підприємств, підлягають відшкодуванню цими органами.

За відсутності спеціального закону, до якого відсилає ст. 442 ЦК України, суд або арбітражний суд відмовляють у позові про відшкодування шкоди, заподіяної організації в га­лузі адміністративного управління.

На відміну від чинної ст. 442 у проекті ЦК України перед­бачена норма про відповідальність за шкоду, завдану неза­конними діями службових осіб державних органів та органів місцевого самоврядування в галузі адміністративного управ­ління, яка має безперечні переваги над нормою ст. 442. Вони полягають у тому, що зазначена норма проекту однаковою мірою поширюється як на фізичних, так і на юридичних осіб. Крім того, у ній передбачено відповідальність державних органів і органів місцевого самоврядування за завдану шкоду незалежно від вини службових осіб, а також субсидіарне від­шкодування за рахунок держави, Автономної Республіки Крим і відповідної територіальної громади в разі нестачі коштів у безпосередніх суб'єктів відповідальності. Зазначені нормативні новели спрямовані на посилення захисту суб'єктивних прав фізичних і юридичних осіб у випадку пору­шення їх актами влади.

§ 7. Відповідальність за шкоду, заподіяну правоохоронними органами

У процесі реалізації відсильних норм ЦК України ст. 443 передбачено право громадянина на відшко­дування шкоди, заподіяної незаконними діями службових осіб органів дізнання, попереднього слідства, прокуратури та суду. Важливі питання цього виду відшкодування вирішуються у Законі України "Про порядок відшкодування шкоди, завданої

27\*

336 Глава 35

громадянинові незаконними діями органів дізнання, поперед­нього слідства, прокуратури і суду" від 1 грудня 1994 р.1. Цей закон заповнив прогалину у чинному законодавстві України і розширив порівняно зі ст. 443 ЦК України сферу захисту цивільних майнових прав: права власності, права на житлове приміщення, немайнових особистих прав (право на честь, право на гідність тощо), а також трудових і пенсійних прав.

Стаття 443 ЦК України передбачає конкретний вид зобо­в'язання внаслідок заподіяння шкоди. Сфера застосування зазначеної статті чітко визначена переліком незаконних дій у цій статті. До них належать:

1) незаконне засудження;

2) незаконне притягнення до кримінальної відповідальності;

3) незаконне застосування взяття під варту як запобіжного заходу;

4) незаконний адміністративний арешт;

5) незаконне накладення адміністративного стягнення у вигляді виправних робіт.

Закон України від 1 грудня 1994 р. до вже зазначених не­законних дій відповідних службових осіб відносить і такі неза­конні дії: 1) незаконне проведення в ході розслідування чи су­дового розгляду кримінальної справи обшуку, виїмки, неза­конного накладення арешту на майно, незаконного відсторо­нення від роботи (посади) та інших процесуальних дій, що обмежують права громадян; 2) незаконну конфіскацію майна, незаконне накладення штрафу; 3) незаконне прове­дення оперативно-розшукових заходів, передбачених зако­нами України "Про оперативно-розшукову діяльність", "Про організаційно-правові основи боротьби з організованою зло­чинністю". Наявність однієї із передбачених незаконних дій у сукупності з іншими підставами відповідальності (шкода, причинний зв'язок) породжують зобов'язальні відносини між потерпілим і зобов'язаною особою.

Проект ЦКУкраїни розширив перелік незаконних дій служ­бових осіб правоохоронних органів, які є елементом спе­ціального делікту. До них належать незаконне затримання і незаконне застосування підписки про невиїзд. Ця нор­мативна новела створює нові гарантії захисту прав фізичних

Голос України. — 1995. — 17 січня. — № 9.

***837***

***Зобов'язання Із заподіяння шкоди***

осіб від незаконної діяльності органів дізнання, попереднього слідства, прокуратури та суду.

Випадки заподіяння шкоди внаслідок незаконних дій, що не охоплюються ст. 443 ЦКУкраїни і Законом України від 1 груд­ня 1994 р. (наприклад, незаконне виконання вироку, втрата, розтрата, псування матеральних цінностей, вилучених судо­во-прокурорськими органами), мають підпадати під дію ч. 1 ст. 442 ЦК України.

Підставами відповідальності за шкоду, заподіяну неза­конними діями органів дізнання, попереднього слідства, про­куратури та суду, є шкода, незаконні дії, причинний зв'язок між незаконними діями та шкодою. Наявність вини не вима­гається, бо за ст. 443 ЦКУкраїни і Законом України від 1 груд­ня 1994 р. шкода відшкодовується незалежно від вини служ­бових осіб органів дізнання, попереднього слідства, прокура­тури і суду. У названому законі передбачаються види шкоди, що підлягають відшкодуванню громадянинові:

1) заробіток та інші грошові доходи, втрачені ним внаслідок незаконних дій;

2) майно (в тому числі гроші, грошові вклади і відсотки по них, цінні папери та відсотки по них, частка у статутному фонді господарського товариства, учасником якого був громадя­нин, та прибуток, якого він не отримав відповідно до цієї частки, інші цінності), 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;

3) штрафи, стягнені на виконання судового вироку, судові витрати, інші суми, сплачені громадянином внаслідок неза­конних дій;

4) суми, сплачені громадянином за надання йому юридич­ної допомоги;

5) моральна шкода.

Втрата заробітку та інших доходів підлягає відшкодуванню за час:

тримання під вартою;

відбування покарання або адміністративного стягнення у вигляді арешту чи виправних робіт;

відсторонення від посади за постановою слідчого або про­курора;

838 Глава 35

перебування на стаціонарній судово-психіатричній експертизі;

відсутності на роботі у зв'язку з викликом громадянина до органів розслідування або суду як підозрюваного, підсудного, обвинуваченого;

працевлаштування громадянина в межах тримісячного строку до прийняття адміністрацією підприємства, установи, організації рішення з цього питання у встановлений місячний строк;

між проголошенням виправдувального вироку і вступом його в законну силу.

Якщо громадянин був позбавлений можливості займати певні посади або займатися певною діяльністю, внаслідок чого в межах призначеного судом строку не працював або виконував менш оплачувану роботу, тоді втрата заробітку за відповідний період підлягає відшкодуванню із зарахуванням заробітку за менш оплачуваною роботою.

Відшкодування заробітку та інших грошових доходів, спла­чених штрафних сум, сум судових витрат, а також сум, спла­чених громадянином у зв'язку з наданням йому юридичної допомоги, і сум моральної шкоди проводиться за рахунок коштів державного бюджету. Відшкодування моральної шкоди проводиться тоді, коли незаконні дії органів дізнання, попе­реднього слідства, прокуратури і суду завдали громадянинові моральної шкоди, призвели до порушення його нормальних життєвих зв'язків, вимагають від нього додаткових зусиль для організації свого життя.

Конфісковане, вилучене, заарештоване майно повер­тається громадянинові в натурі, а в разі неможливості повер­нення в натурі його вартість відшкодовується за рахунок тих підприємств, установ, організацій, яким воно було передано безоплатно. Внаслідок ліквідації зазначених організацій або через недостатність у них коштів для відшкодування шкоди вартість майна (частина вартості) відшкодовується за раху­нок державного бюджету (статті 3 і 4 Закону України від 1 грудня 1994 р.). Крім того, громадянин повинен бути понов­лений у трудових, житлових, особистих правах, у навчально­му закладі, військових та інших званнях, йому повертаються ордени та медалі, в разі потреби публікуються спростування обставин, що ганьблять особу (статті 6—11 Закону України від1 грудня 1994р.).

Зобов'язання Із заподіяння шкоди 839

Протиправний характер дій службових осіб слідчо-проку­рорських органів повинен відповідати змістові незаконних дій, що перелічені в зазначених правових нормах. Для з'ясу­вання їх змісту необхідно звернутися до ст. 176 Криміналь­ного кодексу України, статей 148 і 155 Кримінально-процесу­ального кодексу України, статей 31 і 32 Кодексу України про адміністративні правопорушення.

Для встановлення відповідальності за заподіяну шкоду слід визначити причинний зв'язок між незаконними діями служ­бових осіб відповідних органів і шкодою. Такими є об'єктивні підстави відповідальності за ст. 443 ЦК України. Щодо суб'єк­тивної підстави відповідальності, як зазначалося вище, ст. 443 передбачає відповідальність незалежно від вини. Вважаємо позицію закону цілком виправданою. Обгрунтування відпові­дальності незалежно від вини вбачається:

1) в подальшому зміцненні законності в діяльності органів дізнання, попереднього слідства, прокуратури та суду;

2) в підсиленні захисту прав і законних інтересів громадян. Суб'єктом відповідальності за шкоду, заподіяну громадяни­нові незаконними діями органів дізнання, попереднього слід­ства, прокуратури та суду, за ст. 443 ЦК України є держава. Отже, перед потерпілими відповідає держава, а не заподіювачі шкоди — органи дізнання, попереднього слідства, прокуратури і суду. За загальним правилом, суб'єктом від­повідальності є заподіювач шкоди. Якщо шкода заподіяна службовими особами організації, що має статус юридичної особи, суб'єктом відповідальності є юридична особа (статті 23 і 32 ЦК). Чому ст. 443 відступила від загального правила, по­клавши обов'язок відшкодування на державу як таку? Якими є соціальні та юридичні підстави покладення відповідальності на державу, а не на заподіювача шкоди? На нашу думку, відповідь може бути такою. Захист прав громадян є функцією держави, яка характеризує один з напрямів діяльності всіх її органів, передусім органів, спеціально створених для захисту правопорядку, втому числі для захисту прав громадян. Це су­дово-прокурорські органи, органи дізнання і попереднього слідства, інші органи, що здійснюють від імені держави функції правосуддя, прокурорського нагляду, розслідування злочи­нів. Дедалі більше стає загальновизнаним, що правосуддя, прокурорський нагляд є вищими гарантіями юридичних прав громадян у державі. За таких умов незаконна діяльність за-

***Глава 35***

значених органів є порушенням функції держави щодо захисту прав громадян. Саме тому не державні органи (про­куратура, суд, міліція та ін.), а держава зобов'язана відшко­дувати шкоду, заподіяну потерпілому. Встановлення такого суб'єкта відповідальності свідчить про те, що законодавець розцінює незаконну діяльність органів дізнання, попереднь­ого слідства, прокуратури і суду як надзвичайну подію в за­гальнодержавному масштабі. Українська держава відшкодо­вує заподіяну шкоду за рахунок державного бюджету. Трап­ляються судові помилки щодо визначення суб'єкта відпові­дальності за шкоду, заподіяну незаконною діяльністю слідчо-судово-прокурорських органів. Так, громадянин К. був неза­конно засуджений. Згодом обвинувальний вирок було скасо­вано. Громадянин К. звернувся до суду з позовом про відшко­дування шкоди, пов'язаної зі сплатою послуг юридичній кон­сультації. Суд виніс рішення про стягнення відповідної суми за рахунок консультації. Це рішення незаконне, бо зазначені суми відшкодовуються за рахунок державного бюджету, а не коштів певної організації, зокрема юридичної консультації.

Суб'єктами права на відшкодування шкоди є громадяни, щодо яких були вчинені відповідні незаконні дії. Право на відшкодування заподіяної шкоди виникає з моменту вступу у законну силу виправдувального вироку, з дня винесення по­станови про закриття кримінальної справи, в основу якої по­кладено реабілітуючі підстави (відсутність події злочину, відсутність у діяннях особи складу злочину або недоказовість участі громадянина у вчиненні злочину), чи припинення справи про адміністративне правопорушення. Закриття кри­мінальної справи на підставі акта про амністію, по закінченні строку давності притягнення до кримінальної відповідаль­ності, у зв'язку з прийняттям закону, що усуває кримінальну відповідальність за вчинене діяння, не є підставою для виникнення права на відшкодування за ст. 443 ЦК України. Зміна кваліфікації вчиненої злочинної дії за статтею зако­ну, що передбачає менш тяжкий злочин з призначенням більш м'якого покарання або зниження міри покарання без зміни квалфікації, також не є підставою для відшкодування шкоди відповідно до зазначених вище правових норм. Стаття 531 Кримінально-процесуального кодексу України зобов'язує органи дізнання, попереднього слідства, прокуратури та суду роз'яснити громадянинові порядок поновлення його пору-

**Зобов'язання *Із заподіяння шкоди*\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_*841***

шених прав. Ці органи повинні направити громадянинові, а у разі його смерті — його спадкоємцям, повідомлення про припинення кримінальної справи або копію виправдувально­го вироку. Громадянинові також направляється повідомлен­ня, що роз'яснює його права і порядок відшкодування шкоди. Розмір відшкодування шкоди залежно від того, який орган здійснював слідчі дії чи розглядав справу, визначають відпо­відні органи дізнання, попереднього слідства, прокуратури та суд. Вони виносять постанову (ухвалу) про розмір відшкоду­вання протягом місяця з дня надходження заяви від потер­пілого громадянина про відшкодування шкоди. Якщо справу закрив суд при розгляді Ті в касаційному порядку або в поряд­ку нагляду, розмір відшкодування визначає суд, що розглядав справу у першій інстанції. У постанові (ухвалі) містяться певні реквізити: зміст вимог громадянина; докладний розрахунок втраченого громадянином заробітку; розмір штрафів, судові витрати та інші суми, сплачені у зв'язку з незаконними діями;

суми, сплачені на користь юридичної консультації.

Якщо під час розглядання заяви про відшкодування шкоди виникає спір між спадкоємцями щодо частки кожного з них, а також спір стосовно осіб, які повинні бути включені в коло спадкоємців, то в постанові необхідно зазначити суму, що підлягає сплаті всім спадкоємцям. А спір між ними підлягає розв'язанню в загальнопозовному порядку. Отже, незадоволені спадкоємці не мають права пред'являти претензії до органів, які винесли постанову (ухвалу) про розмір відшкодування.

Така постанова (ухвала) може бути оскаржена відпо­відному прокурору чи у вищестоящий суд у порядку і в строки, передбачені кримінально-процесуальним законодавством і законодавством про адміністративні правопорушення. Її копія, завірена гербовою печаткою, надсилається грома­дянинові або його спадкоємцям. Громадянин чи його спад­коємці подають копію постанови у фінансовий відділ регіо­нального органу державного управління за місцем проживан­ня для одержання чека, який потім подається до відповідної установи Національного банку України.

Постанова (ухвала) про розмір відшкодування має велике юридичне значення, адже в ній передбачається конкретиза­ція об'єкта права на відшкодування та визначено розміри гро­шових сум, право на які належить громадянинові. Без цього

**842**

***Глава 35***

документа неможлива реалізація права на відшкодування. Якщо зазначені органи не виносять постанову (ухвалу) про розмір відшкодування, то вони так чи інакше перешкоджають здійсненню належного громадянинові права на відшкодуван­ня. Тому, на нашу думку, громадянин має право звернутися до суду за захистом порушеного права на відшкодування.

Заподіяна шкода не підлягає відшкодуванню, якщо грома­дянин у процесі дізнання, попереднього слідства і судового розгляду самообмовою перешкоджав встановленню істини і тим самим сприяв вчиненню незаконних дій щодо нього. Са-мообмова визначається як свідомо неправдиві свідчення підозрюваного, обвинуваченого, підсудного, які вони дали з метою переконати органи попереднього слідства і суд у тому, що саме вони скоїли злочини, хоч насправді вони 'їх не вчиняли. В юридичній літературі висловлена пропозиція щодо умов, за наявності яких самообмова вважається встановле­ною, доведеною, внаслідок чого потерпілому може бути від­мовлено у відшкодуванні шкоди. Самообмова повинна вира­жатися у показаннях обвинуваченого, які зафіксовано у про­токолі допиту. Слід погодитися з тим, що не є самообмовою відмова особи від давання показань або умовчання про обставини, які виправдовують Ті. З позицій кримінально-про­цесуального законодавства обвинувачений не несе відпові­дальності за відмову від давання показань. Отже, право­мірним є твердження про те, що позбавляти такого обвину­ваченого права на відшкодування заподіяної шкоди було б не­справедливим. Вина обвинуваченого, який застосовує само-обмову, може виражатися лише в умислі. За таких обставин позбавлення його права на відшкодування цілком відповідає вимогам ст. 454 ЦК У країни, згідно з якою умисел потерпілого виключає відповідальність заподіювача шкоди. Якщо самооб­мова була наслідком необережної поведінки потерпілого, то вважаємо, що потерпілий повинен набути право на відшко­дування шкоди. Самообмова має бути актом волі обвинува­ченого, що сформувалася незалежно від діяльності служ­бових осіб, які розслідують справу. Шкода відшкодовується, коли самообмова була наслідком застосування насильства, погроз чи інших незаконних дій. При цьому факт насильства, погроз або інших незаконних дій мають встановити сліач органи, прокурор або суд.

Зобов'язання Із заподіяння шкоди 843

**§ 8. Відповідальність за шкоду, заподіяну джерелом підвищеної небезпеки**

**Поняття та види джерел підвищеної не­безпеки.** Стаття 450 ЦК України регулює зобов'язальні відносини, що виникають із факту заподіяння шкоди джере­лом підвищеної небезпеки. Норма цієї статті відрізняється від інших норм, що передбачають зобов'язання із заподіяння шкоди, тим, що в ній ідеться про особливий засіб заподіяння шкоди — про джерело підвищеної небезпеки. У зв'язку з цим за ст. 450 ЦК України використовуються три взаємопов'язані категорії:

1) підвищена небезпека для оточення;

2) діяльність, яка пов'язана з підвищеною небезпекою;

3) джерело підвищеної небезпеки.

Які соціально-економічні фактори викликали до життя за­значені категорії? Сучасний рівень розвитку народного гос­подарства нашої країни характеризується значним технічним потенціалом. Це машини, механізми, виробниче устаткуван­ня, різні знаряддя праці, будівельні конструкції, експлуатація яких, як свідчить досвід, пов'язана з можливістю заподіяння шкоди життю і здоров'ю громадян, їхньому майну, а також майну організацій. Внаслідок цього законодавством у зазна­чених нормах передбачено відшкодування шкоди, заподіяної джерелом підвищеної небезпеки. Водночас ст. 450 ЦК України не розкриває суті підвищеної небезпеки, джерела підвищеної небезпеки. Це — завдання цивілістичної науки. Розроблено кілька теорій, у яких виражені погляди на суть джерела підвищеної небезпеки. Найбільшого визнання у науці і судово-арбітражній практиці набули теорії *діяльності* (М.М. Агарков, Б.С. Антимонов) та *об'єктів або предметів матеріального* селу (0.0. Красавчиков, М.С. Малеїн).

Аналіз основних положень теорії діяльності дає змогу сформулювати три висновки: по-перше, під джерелом підвищеної небезпеки слід розуміти діяльність, яка пов'язана з використанням певних предметів, головним чином техніки;

по-друге, підвищену небезпеку створює не "мертвий об'єкт", а пов'язана з ним діяльність; по-третє, підвищена небезпечна

844 Глава 35

діяльність характеризується тим, що вона пов'язана з такими видами техніки, в яких закладена рухова система, та експлуатація їх при сучасному рівні розвитку техніки безпеки повністю не виключає можливості заподіяння непередбаче­ної (випадкової) шкоди.

Зміст теорії об'єктів або предметів матеріального світу складається з таких положень:

1) джерелом підвищеної небезпеки є те, що її створює;

2) матеріальний вираз джерела підвищеної небезпеки слід шукати у вивченні елементів виробничих сил — знарядь і засобів виробництва;

3) знаряддя і засоби виробництва створюються людським розумом і руками. Людина використовує їх у своїй цілеспря­мованій свідомій діяльності. Водночас ці предмети матеріаль­ного світу пов'язані з дією об'єктивних законів природи — механічних, фізичних, хімічних, біологічних, які існують поза свідомістю людини і не залежать від неї;

4) суть джерела підвищеної небезпеки полягає в тому, що предмети, створені людиною, залишаються під діянням законів природи;

5) предмети — джерела підвищеної небезпеки — мають специфічні особливості або властивості, які можуть шкідливо впливати на навколишнє середовище, в тому числі і на людину.

Різниця між названими теоріями полягає в тому, що згідно з теорією *діяльності* джерело підвищеної небезпеки — це діяльність, пов'язана з використанням певних предметів. За теорією *предметів або об'єктів матеріального світу* джерело підвищеної небезпеки — предмети, що пов'язані з діяльністю з приводу їх використання. Ці відмінності, на наш погляд, непринципові. Схожість цих теорій полягає, на думку авторів обох теорій, у тому, що джерело підвищеної небезпеки харак­теризується непідконтрольністю з боку осіб, які управляють відповідною діяльністю або користуються певними предме­тами, внаслідок чого повністю не виключається можливість заподіяння непередбаченої (випадкової) шкоди.

Усвідомлення зазначених теорій наводить на думку, що буде ближче до істини, якщо об'єднати положення цих теорій у єдину систему знань про суть джерела підвищеної небез­пеки та використати ознаки джерела підвищеної небезпеки, які містяться в них, для його визначення. Саме таку спробу

Зобов'язання Із заподіяння шкоди 845

зробив Пленум Верховного Суду України в постанові "Про практику розгляду судами цивільних справ за позовами про відшкодування шкоди" від 27 березня 1992 р. В ній на рівні керівних роз'яснень Пленуму Верховного Суду України за­пропоновано визначення джерела підвищеної небезпеки, в якому неважко виявити розробки обох теорій. Отже, джере­лом підвищеної небезпеки слід визнавати будь-яку діяльність, здійснення якої створює підвищену вірогідність заподіяння шкоди через неможливість повного контролю за нею люди­ною, а також діяльність по використанню, транспортуванню, збереженню предметів, речовин та інших об'єктів виробни­чого, господарського або іншого призначення, які мають такі самі властивості.

За допомогою цих теорій та запропонованого визначення джерела підвищеної небезпеки можна з'ясувати цивільно-правові категорії, що містяться у ст. 450 ЦК України:

1) *підвищена небезпека для оточення —* це діяльність, яка створює високий ступінь вірогідності заподіяння непередба­ченої (випадкової") шкоди;

2) *діяльність, пов'язана з підвищеною небезпекою, —* це діяльність по використанню, транспортуванню, збереженню предметів, речовин, яка не піддається безперервному і все­осяжному контролю людини;

3) *джерело підвищеної небезпеки —* це будь-яка діяльність, у тому числі діяльність по використанню, транспортуванню, збереженню предметів матеріального світу (наприклад, техніки), яка створює високий ступінь вірогідності заподіяння непередбаченої (випадкової") шкоди через неможливість без­перервного і всеосяжного контролю за нею людиною.

Стаття 450 ЦК України передбачає приблизний перелік організацій і громадян, діяльність яких пов'язана з підвище­ною небезпекою: транспортні організації, промислові під­приємства, будови, власники автомобілів тощо. Виходячи з цього переліку, неважко скласти уявлення про джерела підви­щеної небезпеки. Це різні транспортні засоби (локомотиви, автобуси, трамваї, тролейбуси, атвомашини та ін.), устатку­вання промислових підприємств (верстати, механізми, конструкції), будівельна техніка (бульдозери, екскаватори, баштові крани).

846 Глава 35

Отже, чинним законодавством визнано за необхідне вста­новити приблизний перелік джерел підвищеної небезпеки. У зв'язку з цим судово-арбітражна практика визнала джере­лами підвищеної небезпеки: здійснення вантажно-розванта­жувальних робіт, мотоцикли, вибухові, отруйні, займисті речовини. Слід зазначити, що практика не відносить до дже­рел підвищеної небезпеки велосипеди, вогнепальну та холод­ну зброю, свійських тварин, гужовий транспорт. Позиція чинного законодавства щодо приблизного переліку джерел підвищеної небезпеки є правильною, бо відповідає потребам практики. Адже у такому разі суди та арбітражні суди вправі визнавати джерелами підвищеної небезпеки нові види техніки, різні види енергії.

Проте є й інша точка зору, відповідно до якої перепік дже­рел підвищеної небезпеки повинен бути вичерпним (Б.С. Антимонов). На її користь наводяться аргументи проте, що в кожному випадку особа, якій належить джерело підви­щеної небезпеки, повинна знати, що вона підлягає цивільній відповідальності за шкоду, заподіяну джерелом підвищеної небезпеки саме як володілець останнього. З цією точкою зору важко погодитися, бо неможливо скласти вичерпний перепік джерел підвищеної небезпеки і, отже, до нього необ­хідно безперервно вносити зміни та доповнення. Разом з тим ця позиція наводить на думку про необхідність законодавчого закріплення в ЦК України ознак джерела підвищеної небез­пеки:

1) непідконтрольність відповідної діяльності безперервно­му і всеосяжному контролю з боку людини;

2) високий ступінь вірогідності заподіяння непередбаченої (випадкової") шкоди цією діяльністю.

**Підстави відповідальності за шкоду, заподіяну джере­лом підвищеної небезпеки.** Об'єктивні підстави відповідаль­ності за шкоду, заподіяну джерелом підвищеної небезпеки, збігаються із загальними об'єктивними підставами відпові­дальності за заподіяння шкоди (ст. 440 ЦК). Це шкода, протиправність діяльності, пов'язаної з підвищеною небезпекою для оточення, причинний зв'язок між джерелом підвищеної небезпеки та шкодою, що настала.

Наведемо кілька зауважень щодо протиправної діяльності, пов'язаної з підвищеною небезпекою, і причинного зв'язку між джерелом підвищеної небазпеки та шкодою. Діяльність,

Зобов'язання Іа заподіяння шкоди 847

яка пов'язана з використанням засобів механізованого тран­спорту, інших машин з двигунами тощо, сама по собі право­мірна. Проте правомірність експлуатації джерел підвищеної небезпеки зовсім не означає правомірності заподіяння ними шкоди особі або майну. Отже, заподіяння шкоди джерелом підвищеної небезпеки завжди є неправомірною дією.

Відшкодування за ст. 450 ЦК України проводиться, коли шкода безпосередньо заподіяна джерелом підвищеної небез­пеки. Якщо шкода заподіяна хоч і під час експлуатації джере­ла підвищеної небезпеки, але не ним, відшкодування за заподіяну шкоду за ст. 450 ЦК України виключається. Так, су­дова практика виходить з того, що залізниця не відшкодовує шкоду, заподіяну машиністу або пасажирові під час руху потя­га твердим предметом, який кинутий збоку. Згідно зі ст. 450 ЦК України обов'язок з відшкодування заподіяної шкоди виникає незалежно від вини заподіювача шкоди, тобто і за випадково заподіяну шкоду. В цьому полягає істотна особливість відшкодування за ст. 450 ЦК України порівняно з відшкодуванням на загальних підставах (ст. 440 ЦК). Безвин­ний характер обов'язку з відшкодування шкоди, заподіяної джерелом підвищеної небезпеки, підтверджується змістом обставин, які виключають застосування ст. 450 ЦК України. До таких обставин належать непереборна сила та умисел потерпілого. Отже, в усіх інших випадках, у тому числі і за відсутності вини володільця джерела підвищеної небезпеки, останній відшкодовує шкоду потерпілому.

Обов'язок з відшкодування шкоди, заподіяної джерелом підвищеної небезпеки, називається у заголовку ст. 450 ЦК України відповідальністю. Оскільки ця відповідальність засто­совується і за відсутності вини заподіювача шкоди, в цивілістичній літературі вона іменується відповідальністю не­залежно від вини. Слід прідкреслити, що судова та арбітражна практика тлумачить і застосовує ст. 450 ЦК України відповідно до її буквального тексту, заголовка та змісту. Так, в ухвалі судової колегії з цивільних справ Верховного Суду України зазначено: "Посилання відповідача нате, що держав­на автомобільна інспекція не визнала вини шофера у нещас­ному випадку, не може служити підставою для звільнення ав­токолони від обов'язку відшкодувати шкоду, заподіяну позивачеві, оскільки організація несе відповідальність за

**848 *Глава 35***

шкоду, заподіяну джерелом підвищеної небезпеки і у випадку відсутності вини шофера у заподіянні шкоди"1.

Відповідальність незалежно від вини за шкоду, заподіяну джерелом підвищеної небезпеки, в сучасних умовах науково-технічного прогресу, ускладнення всіх сторін життя суспіль­ства — важливий правовий інструмент забезпечення соціальної справедливості. Вона зумовлена особливо шкідли­вими якостями джерел підвищеної небезпеки, оскільки останні в процесі експлуатації не піддаються безперервному і всеосяжному контролю з боку людини. Ніякі спеціальні знан­ня, навички, досвід не дають можливості ні передбачити тих шкідливих наслідків, які настають у конкретній життєвій ситу­ації, ні запобігти їм. Крім того, відповідальність незалежно від вини стимулює володільців джерел підвищеної небезпеки вживати всіх можливих заходів щодо запобігання заподіяння шкоди, заохочує їх до участі у створенні нової, безпечнішої техніки. За афористичним висловом Б.С. Антимонова, стиму­лювати, спонукати до безпечної діяльності можна і без обвинувачень.

**Суб'єкти зобов'язань з відшкодування шкоди, запо­діяної джерелом підвищеної небезпеки.** Зобов'язаною сто­роною у відносинах з відшкодування шкоди, заподіяної дже­релом підвищеної небезпеки, є організації та громадяни, діяльність яких пов'язана з підвищеною небезпекою для ото­чення (ст. 450 ЦК). Зазначені організації та громадяни на практиці і в літературі називаються володільцями джерел підвищеної небезпеки. В постанові Пленуму Верховного Суду України від 27 березня 1992 р. (п. 4) дано приблизний перелік володільців джерел підвищеної небезпеки, до яких, зокрема, належать: /

1) власники джерел підвищеної небезпеки (кооперативи, акціонерні товариства, громадяни тощо);

2) організації, що володіють джерелами підвищеної небез­пеки на праві повного господарського відання або на праві оперативного управління (державні підприємства та уста­нови);

Приклад запозичений із узагальнення супової практики Верховного

Суду України.

Зобов'язання Із заподіяння шкоди 849

3) організації та громадяни, що володіють джерелами підвищеної небезпеки на підставі відповідних договорів (дого­вору оренди, підряду);

4) громадяни, які мають доручення на керування транс­портним засобом;

5) організації, що володіють джерелами підвищеної небез­пеки на підставі адміністративного акта про передачу їх у тим­часове користування.

Звичайно, вказівки п. 4 зазначеної постанови не вичер­пують усіх випадків розв'язання питань про суб'єкта відпові­дальності за шкоду, заподіяну джерелом підвищеної небезпе­ки. Так, у судовій практиці вирішуються питання про суб'єкта відповідальності, якщо джерело підвищеної небезпеки — автомашина — є об'єктом спільної власності. Судова прак­тика виходить з того, що суб'єктом відповідальності у зазна­чених випадках є той з учасника спільної власності, наприклад, один з подружжя, який експлуатував автомашину у момент заподіяння шкоди. Нерідко судова практика розв'я­зує питання про суб'єкта відповідальності за шкоду, заподіяну джерелом підвищеної небезпеки, якщо його заподіянню сприяла неправомірна, винна поведінка третьої особи. Так, Верховний Суд України вважає, що ст. 450 ЦК України не передбачає звільнення володільця джерела підвищеної не­безпеки від відповідальності і в тих випадках, коли заподіянню шкоди сприяла неправомірна винна поведінка третьої особи. Отже, суб'єктом відповідальності перед потерпілим є володілець джерела підвищеної небезпеки. Останній має право пред'явити регресний позов до винної третьої особи. При заподіянні шкоди здоров'ю громадян внаслідок взаємодії (зіткнення) джерел підвищеної небезпеки їх володільці відповідають перед потерпілими солідарне, тобто несуть солідарну відповідальність. Питання про відповідальність за шкоду, заподіяну при цьому самим джерелам підвищеної не­безпеки, вирішується за ст. 440 ЦК У країни, і судам необхідно виходити з того, що між собою володільці відповідають за принципом вини, а саме:

1) шкода, заподіяна одному з володільців з вини іншого, від­шкодовується винним;

2) за наявності вини лише володільця, якому заподіяна шкода, вона йому не відшкодовується:

***850***

***Глава 35***

3) за наявності вини обох володільців розмір відшкодуван­ня визначається відповідно до ступеня вини кожного;

4) за відсутності вини володільців джерел підвищеної не­безпеки у взаємному заподіянні шкоди незалежно від її розміру жоден не має права на відшкодування.

Зазначені положення поширюються на наземні транс­портні засоби. Якщо шкода заподіяна взаємодіями (зіткнен­ням) морських або повітряних суден, підстави відповідаль­ності за заподіяну шкоду передбачені відповідними статтями Кодексу торговельного мореплавства та Повітряного кодексу України.

Володілець джерела підвищеної небезпеки не відповідає **за** шкоду, заподіяну ним, якщо доведе, що володіння джерелом було втрачено не з його вини, а в результаті протиправних дій інших осіб, наприклад внаслідок угону транспортного засобу. В подібних випадках до відповідальності за ст. 450 ЦК України притягаються особи, які фактично володіли джерелом підви­щеної небезпеки в момент заподіяння шкоди. Коли володіння джерелом підвищеної небезпеки було втрачено не тільки в результаті протиправних дій інших осіб, а й з вини самого володільця, тоді відповідальність за заподіяну шкоду може бути покладено як на особу, що протиправне заволоділа дже­релом підвищеної небезпеки, так і на його володільця відпо­відно до ступеня вини кожного з них. Відповідальність воло­дільця джерела підвищеної небезпеки може настати, зокре­ма, якщо з його вини не було забезпечено належної охорони джерела підвищеної небезпеки.

Не є володільцем джерела підвищеної небезпеки і не несе відповідальності за шкоду перед потерпілим особа, яка експлуатує джерело підвищеної небезпеки внаслідок тру­дових відносин з володільцем цього джерела, зокрема шофер, машиніст, оператор та ін. Зазначені положення постанови Пленуму Верховного Суду України від 27 березня 1992 р. на­бувають важливого значення для судової практики, оскільки дають відповіді на запитання, що виникають у судовій практиці і відносно яких у чинному законодавстві немає відповідних правових норм.

**Суб'єкти права вимоги.** Положення ст. 450 ЦК України виходять з підвищеної небезпеки для оточення. Отже, особи з оточення, коли їм заподіяно шкоду джерелом підвищеної не­безпеки, набувають прав на відшкодування шкоди, і вони є

***Зобов'язання Із заподіяння шкоди 851***

суб'єктами права вимоги або уповноваженими особами. До них належать:

1) особи, пов'язані з володільцями джерел підвищеної не­безпеки цивільно-правовими відносинами (пасажири транс­портних засобів, відвідувачі зоопарків, екскурсанти, підряд­чики та ін.);

2) пішоходи.

Працівники, що перебувають у трудових відносинах з володільцем джерела підвищеної небезпеки і яким заподіяно шкоду джерелом підвищеної небезпеки у зв'язку з виконан­ням ними трудових обов'язків, не є суб'єктами права вимоги в розумінні ст. 450 ЦК України. Перед ними володілець дже­рела підвищеної небезпеки відповідає тільки за наявності своєї вини на підставі статей 440 і 456 ЦК України. Саме такий висновок випливає з роз'яснень п. 10 постанови Пле­нуму Верховного Суду України від 27 березня 1992 р. в редакції від 8 липня 1994 р. (постанова Пленуму Верховного Суду України "Про внесення змін і доповнень до постанови Пленуму Верховного Суду України від 27 березня 1992 р." від 8 липня 1994 р.): шкоду, заподіяну працівникові у зв'язку з виконанням ним трудових обов'язків, відшкодовує відповідно до статей 440 і 456 ЦК України організація або громадянин, з якими потерпілий перебував у трудових відносинах, за на­явності їхньої вини. Отже, якщо організація або громадянин є володільцями джерел підвищеної небезпеки, то перед по­терпілим працівником, якому шкода заподіяна джерелом підвищеної небезпеки, вони відповідають тільки за наявності їхньої вини.

На наш погляд, негативний підхід до вирішення проблеми відповідальності перед робітником за випадкове заподіяння шкоди джерелом підвищеної небезпеки є застарілим. В умо­вах прискореного розвитку науково-технічного прогресу значно зростає як його руйнівна сила, так і можливість на­стання випадкового шкідливого результату. Тому особи, які обслуговують сучасну техніку, повинні бути захищені перед­усім законом від можливого настання несприятливих наслід­ків експлуатації цієї техніки, тобто і при випадковому запо­діянні шкоди джерелом підвищеної небезпеки життю і здо­ров'ю робітників при виконанні ними своїх службових обов'язків. У зазначених випадках треба було б застосову­вати ст. 450 ЦК України про безвинну відповідальність воло-

Глава 35

цільців джерел підвищеної небезпеки. Інакше кажучи, de lege ferenda необхідно поширити режим безвинної відповідаль­ності володільця джерела підвищеної небезпеки, передба­чений ст. 450 ЦК України, на робітників, які перебувають з володільцем у трудових відносинах.

Ця рекомендація врахована в проекті ЦК України. Стаття 1245 проекту має назву: "Відповідальність за ушкодження здоров'я і смерть фізичної особи під час виконання договір­них зобов'язань". Норма зазначеної статті передбачає, що шкода, завдана життю і здоров'ю фізичної особи під час вико­нання нею договірних зобов'язань (договір перевезення, тру­довий договір тощо), підлягає відшкодуванню за підставами, передбаченими статтями 1220 і 1236 цього кодексу. Саме ст. 1236 проекту містить норму про безвинну відповідальність за шкоду, заподіяну джерелом підвищеної небезпеки. Отже, за проектом ЦК України режим безвинної відповідальності володільця джерела підвищеної небезпеки поширений на робітників, які перебувають з ним у трудових відносинах. На наш погляд, це величезне досягнення проекту, який надійно захищає права на життя і здоров'я робітників при заподіянні випадкової шкоди в результаті експлуатації джерел підви­щеної небезпеки.

**Обставини, що звільняють володільця джерела підви­щеної небезпеки від відповідальності з відшкодування шкоди.** Відповідальність за шкоду, заподіяну джерелом підви­щеної небезпеки, має свої межі, за якими відповідальність виключається. Межа відповідальності визначає сферу дії обставин, які виключають відповідальність. До них належать *непереборна сила* та *умисел потерпілого.* Чому саме ці обста­вини, на думку законодавця, звільняють володільця джерела підвищеної небезпеки від відповідальності?

Володілець джерела підвищеної небезпеки звільняється від відповідальності, коли шкода виникла внаслідок непереборної сили. У подібних випадках причинний зв'язок встановлюється між дією непереборної сили і шкодою, що настала. І немає причинного зв'язку між джерелом підвищеної небезпеки і шкодою. Відсутність однієї з підстав відповідальності, звичай­но, виключає відповідальність володільця джерела підвищеної небезпеки. Тепер щодо умислу потерпілого. Наприклад, гро­мадянин кидається під колеса автомашини, внаслідок чого йому заподіяно ушкодження здоров'я. Потерпілий передба-

Зобов'язання Із заподіяння шкоди\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_853

чав і бажав настання шкідливих наслідків. За цих обставин відшкодування шкоди потерпілому з боку володільця джерела підвищеної небезпеки було б невиправданим.

Щодо юридичного значення грубої необережності потерпі­лого, то вона є підставою тільки для зменшення розміру відшкодування за рахунок володільця джерела підвищеної не­безпеки, оскільки ст. 450 ЦК України не передбачає грубу необережність як обставину, що звільняє володільця від відповідальності. Отже, ця стаття сполучається із ст. 454, як загальною нормою, тільки до певних меж, а саме: якщо груба необережність потерпілого сприяла виникненню або збіль­шенню шкоди, то залежно від ступеня вини потерпілого роз­мір відшкодування, належного від володільця джерела підви­щеної небезпеки, має бути тільки зменшений (п. 2 постанови Пленуму Верховного Суду України від 27 березня 1992 р.).

Проект ЦК України передбачив відсильну норму ч. 2 ст. 1236. У ній зазначається, що при встановленні обов'язко­вого страхування цивільної відповідальності володільців відповідних видів джерел підвищеної небезпеки обов'язок відшкодування завданої шкоди несе страховик.

Відсильна норма ч. 2 ст. 1236 проекту знайшла реалізацію в Положенні про порядок і умови проведення обов'язкового страхування цивільної відповідальності володільців транс­портних засобів, затвердженому постановою Кабінету Міністрів України від 28 вересня 1996 р. № 11751.

Обов'язкове страхування цивільної відповідальності воло­дільців транспортних засобів здійснюється з метою забезпе­чити відшкодування шкоди, заподіяної потерпілим внаслідок дорожньо-транспортної події.

Суб'єктами правовідносин з обов'язкового страхування цивільної відповідальності є страхувальники (володільці транспортних засобів), страховики (страхові організації), треті особи (потерпілі) — юридичні і фізичні особи, яким заподіяна шкода транспортним засобом внаслідок дорожньо-транспортної події. Об'єктом зазначених вище правовідносин є цивільна відповідальність володільців транспортних засобів за шкоду, завдану життю і здоров'ю третіх осіб, а також їхньому майну.

\* ЗП України. — 1996. — № 18. — Ст. 510

**354**

***Глава 35***

Страховик відшкодовує пряму шкоду, заподіяну третій особі транспортним засобом у стані його руху, якщо є при­чинний зв'язок між рухом транспортного засобу і заподіяною ним шкодою. Він зобов'язаний відшкодувати шкоду при настанні страхового випадку. Страховий випадок — це доро­жньо-транспортна подія, що сталася під час експлуатації транспортного засобу страхувальника і внаслідок зазначеної події настає його цивільна відповідальність за шкоду, заподіяну транспортним засобом життю, здоров'ю та майну третіх осіб. Страхова сума — це грошова сума, в межах якої страховик (страхова організація) відповідно до умов страху­вання зобов'язаний провести сплату третій особі або третім особам (якщо потерпілих було кілька) після настання страхо­вого випадку.

Відносини з обов'язкового страхування цивільної відпові­дальності виникають на підставі договорів.

За шкоду, заподіяну здоров'ю третьої особи внаслідок страхового випадку, страховик сплачує страхове відшкоду­вання в межах страхової суми. При заподіянні шкоди майну третьої особи внаслідок страхового випадку сплата страхово­го відшкодування проводиться на підставі висновку експер­тизи. Вартість експертизи відноситься на рахунок страховика.

Страховик не відшкодовує шкоду, якщо дорожньо-транс­портна подія сталася з вини страхувальника або третьої особи. Випадки звільнення страховика від обов'язку з відшко­дування шкоди передбачені в п. 12 Положення.

Страховик має право вимагати відшкодування проведених страхових виплат від третьої особи, страхувальника або особи, що керувала транспортним засобом у таких випадках:

а) навмисного заподіяння шкоди третій особі;

б) керування транспортним засобом у стані алкогольного сп'яніння або під впливом наркотичних чи токсичних речовин;

в) відсутності посвідчення на право керування транспорт­ним засобом відповідної категорії;

г) якщо винуватець покинув місце дорожньо-транспортної події на порушення встановлених правил;

д) якщо страховий випадок стався через невідповідність технічного стану і устаткування транспортного засобу вимо­гам Правил дорожнього руху України;

е) якщо страхувальник або третя особа подали страхови­кові недостовірні відомості.

***855***

***Зобов'язання Із заподіяння шкоди***

Особи, які експлуатують транспортний засіб без договору обов'язкового страхування цивільної відповідальності, в разі заподіяння шкоди відповідають за ст. 450 ЦК України.

**§ 9. Відповідальність за шкоду, заподіяну неповнолітніми і недієздатними**

**Відповідальність за шкоду, заподіяну неповнолітніми.** Неповнолітні, які не досягли 15 років, за чинним законодавством не відповідають за шкоду, заподіяну ними іншим особам, у тому числі за заподіяння шкоди з вико­ристанням джерела підвищеної небезпеки (ст. 14 ЦК). Згідно зі ст. 446 ЦК України за шкоду, заподіяну неповнолітнім у віці до 15 років, несуть відповідальність перед потерпілими його батьки (усиновителі) або опікуни за наявності загальних підстав вдповідальності, передбачених ст. 440 ЦК України, тобто поведінка зазначених відповідальних осіб має бути протиправною і винною. При цьому під їхньою виною слід розуміти нездійснення належного нагляду за підлітками в мо­мент заподіяння шкоди або безвідповідальне ставлення до їх виховання чи неправомірне використання батьківських прав, потурання пустощам, хуліганським діям, бездоглядність дітей, відсутність до них уваги та ін. Тому відповідальні особи не мо­жуть звільнитися від відповідальності, намагаючись довести свою невинність посиланням, зокрема, на такі обставини:

1) відсутність їх вдома в момент заподіяння підлітком

шкоди;

2) шкода заподіяна дітьми тоді, коли вони гостювали у

родичів, знайомих;

3) проживання окремо від дитини і якщо шлюб з матір'ю (батьком) дитини розірваний або визнаний недійсним.

До відповідальності притягуються обидва батьки підлітка, бо мати й батько мають рівні права та обов'язки щодо своїх дітей (ст. 59 Кодексу про шлюб та сім'ю України). Відпові­дальність батьків повинна мати частковий характер, оскільки кожний з батьків неповнолітнього відшкодовує заподіяну шкоду в зв'язку з власними винними діями (бездіяльністю). Посилання батьків на те, що один з них або обидва прожи-

**856**

***Глава 35***

вають окремо від дітей, не береться до уваги, бо "батьки користуються рівними правами і мають рівні обов'язки щодо своїх дітей і у випадках, коли шлюб між ними розірваний (ст. 59 Кодексу про шлюб та сім'ю України).

Іноді трапляються випадки, коли шкода заподіяна дитиною, батьки якої не перебувають у зареєстрованому шлюбі. У да­ному разі відповідають обидва батьки, якщо відносно дитини встановлено батьківство. Якщо ні — відповідає тільки мати, бо на неї покладений юридичний обов'язок виховувати поза­шлюбну дитину і здійснювати за нею нагляд. Батько позаш­любної дитини, щодо якого батьківство не встановлено, повинен відповідати, якщо він призначений опікуном. За шкоду, заподіяну кількома неповнолітніми, які не досягли 15 років, їх батьки (усиновителі), опікуни несуть часткову відпо­відальність залежно від ступеня їхньої вини у вихованні своєї дитини.

На підставі ст. 454 ЦК України суд може зменшити розмір відшкодування шкоди батьками (усиновителями) чи опіку­нами залежно від їх майнового стану (п. 2 постанови Пленуму Верховного Суду України від 27 березня 1992 р.).

Батьки, які позбавлені батьківських прав, за шкоду, запо­діяну підлітком, не відповідають, бо вони усуваються від участі у вихованні дитини і здійсненні за нею нагляду.

За проектом ЦК України на батьків, позбавлених батьків­ських прав, суд може покласти відповідальність за шкоду, за­вдану їхніми неповнолітніми дітьми, протягом трьох років після позбавлення батьків батьківських прав, якщо поведінка неповнолітнього, що спричинила шкоду, стала наслідком не­належного здійснення ними обов'язку з виховання неповно­літнього. Ця норма є доцільною, бо вона певним чином гаран­тує відшкодування шкоди потерпілому за рахунок батьків навіть у випадках, коли вони позбавлені батьківських прав.

Якщо неповнолітній, який не досяг 15 років, заподіює шкоду тоді, коли він перебував під наглядом навчального, виховного або лікувального закладу, вони несуть майнову відповідаль­ність за шкоду, якщо не доведуть, що шкода виникла не з їхньої вини (ст. 446 ЦК). До названих закладів належать школи всіх профілів (загальні, спеціальні, інтернати), дитячі майданчики, дитячі кімнати, дитячі садки, дитячі ясла, сана­торії, лікарні тощо. Під виною зазначених організацій спід розуміти вину їх робітника (робітників), яка полягає в

***Зобов'язання Із заподіяння шкоди 857***

нездійсненні ним (ними) належного нагляду за підлітком у мо­мент заподіяння шкоди. Відповідна юридична особа має право вимагати через суд від винного робітника відшкоду­вання збитків за нормами трудового законодавства.

Якщо шкода заподіяна неповнолітніми як з вини їх батьків (усиновителів), опікунів, так і з вини навчальних, виховних чи лікувальних закладів, то застосовується принцип часткової відповідальності названих фізичних і юридичних осіб відпо­відно до ступеня їхньої вини.

Зазначений у ст. 446 ЦК України перелік фізичних і юри­дичних осіб, які несуть вдповідальність за шкоду, заподіяну неповнолітнім, є вичерпним і поширеному тлумаченню не підлягає.

Проект ЦК України розширив коло осіб, що можуть бути суб'єктами відповідальності за шкоду, заподіяну неповноліт­німи у віці до 15 років. Це фізичні особи, які зобов'язані відпо­відно до закону або договору здійснювати виховання неповнолітнього, юридичні особи — виховні, лікувальні заклади (наприклад, дитячі будинки), які за законом є опіку­ном неповнолітнього. Наведена норма є цивільно-правовою гарантією відшкодування шкоди, заподіяної неповнолітнім.

Згідно зі ст. 447 ЦК України неповнолітні віком від 15 до 18 років несуть відповідальність за заподіяну ними шкоду іншим особам на загальних підставах (етапі 440, 445 та 450 ЦК). У разі, коли у них немає майна або заробітку, достатнього для відшкодування заподіяної ними шкоди, вона у відповідній час­тині повинна бути відшкодована їх батьками (усиновителями), піклувальниками за умови їх неправомірної винної поведінки, що сприяла виникненню шкоди. Отже, поряд із заподіювачами шкоди відповідають їх батьки (усиновителі), піклувальники. Інші фізичні особи, а також юридичні особи не відповідають за шкоду, заподіяну неповнолітніми зазначеного віку.

Проект ЦК України розширив коло суб'єктів відповідаль­ності за шкоду, заподіяну неповнолітніми віком від 14 до 18 років, за рахунок включених у зазначене коло дитячих закла­дів, які за законом є їх піклувальниками.

Якщо шкода заподіяна неповнолітнім під час виконання ним трудових обов'язків, перед потерпілим відповідає юри­дична особа, з якою підліток перебуває у трудових відносинах (ст. 441 ЦК). Вона має право пред'явити до підлітка регресний

Глава 35

позов до суду про відшкодування збитків за нормами трудо­вого законодавства.

За своїм характером відповідальність батьків (усиновите­лів), піклувальників є додатковою або субсидіарною. її зміст полягає в тому, що відповідальність зазначених осіб є похід­ною від відповідальності неповнолітніх, тобто їх відповідаль­ність можлива, якщо підлітки притягнуті до відповідальності. Внаслідок цього виключається відповідальність батьків (усиновителів), піклувальників за відсутності відповідальності підлітків.

За позовами про відшкодування шкоди, заподіяної неповнолітніми у зазначеному віці, суди не тільки на прохання позивача, а й з власної ініціативи повинні залучати до участі у справі як співвідповідачів їх батьків (усиновителів) або піклувальників. На майно чи інші доходи зазначених осіб стяг­нення звертається лише за відсутності у неповнолітніх майна, заробітку або інших доходів, які достатні для відшкодування шкоди.

При заподіянні шкоди спільними діями кількох неповноліт­ніх, які походять від різних батьків, відповідальність батьків (усиновителів) або піклувальників визначається за принци­пом часткової відповідальності залежно від ступеня їхньої вини. Самі неповнолітні відповідають перед потерпілими солідарне.

Обов'язок батьків (усиновителів) або піклувальників з відшкодування шкоди припиняється при досягненні неповнолітніми 18 років або появи у нього до досягнення ним повноліття майна або заробітку, достатніх для відшкодування шкоди. При цьому немає значення чи в змозі заподіювач, який досяг повноліття, самостійно відшкодувати шкоду. Проте само по собі настання зазначених обставин не може авто­матично припинити відповідальність батьків (усиновителів) або піклувальників з відшкодування шкоди. Вони мають право пред'явити позов до суду про звільнення їх від додаткової (субсидіарної) відповідальності з відшкодування шкоди, заподіяної їх дітьми віком від 15 до 18 років.

Оскільки батьки (усиновителі) або піклувальники несуть відповідальність за власну неправомірну винну поведінку, вони після відшкодування шкоди не можуть вимагати від своїх дітей сплачених ними коштів, навіть якщо їх діти на цей час посягли 18 років.

Зобов'язання Із заподіяння шкоди\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_855

**Відповідальність за шкоду, заподіяну громадянином, визнаним недієздатним.** Громадянин, визнаний недієздат­ним, не відповідає за заподіяну ним шкоду (ст. 16 ЦК). Суб'єктами вдповідальності є опікуни або юридичні особи, які зобов'язані здійснювати нагляд за недієздатними особами (ст. 448 ЦК). Відповідальність зазначених фізичних і юридич­них осіб настає за наявності загальних підстав відповідаль­ності (ст. 440 ЦК). Під виною опікуна або юридичної особи слід розуміти нездійснення нагляду за недієздатним на момент заподіяння ним шкоди.

**Відповідальність за шкоду, заподіяну громадянином, нездатним розуміти значення своїх дій.** Іноді особи цілком дієздатні не можуть розуміти значення своїх дій або керувати ними внаслідок, наприклад, раптової втрати свідомості чи у стані афекту. Враховуючи можливість таких життєвих ситуацій, ст. 449 ЦК України передбачає, що дієздатний гро­мадянин, який заподіяв шкоду в такому стані, не відповідає за заподіяну ним шкоду, оскільки він невинний. Для звіль­нення від відповідальності заподіювач шкоди повинен до­вести, що він у момент заподіяння ним шкоди не розумів зна­чення своїх дій або не керував ними. Одним із доказів хво­робливого стану заподіювача і, отже, відсутності його вини є висновок судово-психіатричної експертизи. В ухвалі про призначення експертизи перед експертами ставиться питан­ня: чи міг дієздатний заподіювач шкоди розуміти значення своїх дій або керувати ними на момент заподіяння шкоди? Стаття 449 ЦК У країни не поширюється на випадки заподіян­ня шкоди джерелом підвищеної небезпеки.

Оскільки володілець джерела підвищеної небезпеки відповідає незалежно від вини, він не може бути звільнений від відповідальності на підставі того, що, наприклад, шофер, який є володільцем джерела підвищеної небезпеки, втратив свідомість і як невинний не міг запобігти наїзду на грома­дянина.

Трапляються випадки, коли шкода завдана особою, яка не могла розуміти значення своїх дій або керувати ними внаслідок психічної хвороби чи недоумства і при цьому не визнана в судовому порядку недієздатною і над нею не вста­новлена опіка. Виникає питання, хто буде суб'єктом відпові­дальності за заподіяну шкоду. Сучасна судова практика на подібні ситуації поширює ст. 449 ЦК У країни, хоч остання роз-

рахована на дієздатних осіб як заподіювачів шкоди. Тому можна констатувати в цьому питанні прогалину в цивільному деліктному законодавстві. Проект ЦК України заповнив цю порогалину. В ньому передбачається норма, згідно з якою за шкоду, завдану особою, що не могла розуміти значення своїх дій або керувати ними внаслідок психічної хвороби або недо­умства, обов'язок відшкодувати суд може покласти на тих, хто з нею проживають, працездатних і спроможних відшкодувати шкоду одного з подружжя, батьків, повнолітніх дітей, які знали про Ті стан, але не порушували питання про визнання заподіювача недієздатним і встановлення над ним опіки.

Обмежено дієздатні громадяни внаслідок зловживання спиртними напоями або наркотичними засобами не можуть бути звільнені від відповідальності за заподіяну ними шкоду (ст.15ЦК).

**§ 10. Відповідальність за шкоду, спільно заподіяну кількома особами**

Під спільним заподіянням шкоди слід розу­міти єдність дій співзаподіювачів, яка полягає в такому їх взаємозв'язку, коли кожна дія і всі у сукупності дії є необхід­ною причиною сумісної (неподільної") шкоди. Отже, при спільному заподіянні шкоди виключення хоч би однієї дії із комплексу дій співзаподіювачів не веде до виникнення сумісного (неподільного) шкідливого результату. Спільному заподіянню шкоди властиві дві ознаки. По-перше, єдність дій співзаподіювачів, яка причинно зумовлює настання шкоди. Ця ознака свідчить про особливості причинного зв'язку між діяльністю співзаподіювачів і шкодою. Діяльність кількох осіб у сукупності причинно зумовлює шкоду. По-друге, це суміс­ність (неподільність) заподіяної шкоди, тобто неможливо визначити, яка частина шкоди чиїми діями заподіяна. Обидві ознаки мають об'єктивний характер. У навмисних правопо­рушеннях (злочинах) спільність (єдність) дій співзаподіювачів визначається не лише об'єктивними ознаками, а й суб'єктивною ознакою — спільністю їхньої волі, спрямованої на досягнення відповідного результату. Прикладом спільного

Зобов'язання Із заподіяння шкоди

заподіяння шкоди є заподіяння шкоди третім особам внаслідок зіткнення (взаємодії) джерел підвищеної небезпеки або заподіяння шкоди в резулотаті вчинення групового злочину (розкрадання державного майна за попередньою змовою групою осіб).

Особи, які спільно заподіяли шкоду, солідарне відповідають перед потерпілим (ст. 451 ЦК).

Солідарні зобов'язання виникають, якщо вони передбачені договором або встановлені законом. Саме ст. 451 ЦК У країни належить до тих, які передбачають солідарні зобов'язання. Солідарна відповідальність співзаподіювачів зумовлена суттю і змістом спільного заподіяння шкоди. Оскільки при спільному заподіянні шкода має сумісний (неподільний) ха­рактер і тому неможливо виявити, яка частина шкоди чиїми діями заподіяна, то потерпілий має право вимагати відшко­дування заподіяної шкоди як від усіх співзаподіювачів разом, так і від кожного окремо, як повністю, так і в частині боргу (ст. 175 ЦК), тобто вимагати покладення на спільних спів­заподіювачів солідарної відповідальності.

Підстави солідарної відповідальності спільних заподіювачів шкоди визначаються відповідно до статей 440 і 450 ЦК України. Згідно зі ст. 450 ЦК У країни співзаподіювачі як воло­дільці джерел підвищеної небезпеки відповідають незалежно від вини. Здебільшого солідарну відповідальність несуть особи, які заподіяли шкоду спільними злочинними діями як співучасники1. Судова практика виходить з того, що суди мають право покласти на підсудних, спільними діями яких заподіяна шкода, часткову, а не солідарну відповідальність, якщо такий порядок стягнення цілком відповідає інтересам позивача і забезпечить повне відшкодування шкоди.

При визначенні розміру солідарної відповідальності врахо­вується вина потерпілого у формі грубої необережності, а також майновий стан спільних заподіювачів (ст. 454 ЦК).

Суб'єктами солідарної відповідальності можуть бути як гро­мадяни, так і юридичні особи.

Постанова Пленуму Верховного Суду України "Про практику застосу­вання судами України законодавства про відшкодування матеріальної шкоди, заподіяної злочином, і стягнення безпідставно нажитого майна" від 31 березня 1989 р. із змінами від 25 грудня 1992 р. // 36. постанов Пленуму Верховного Суду Украіни. — Ч. 1. — К„ 1995. — С. 86.

**862 *Глава 35***

**§ 11. Особливості відшкодування шкоди при ушкодженні здоров'я і заподіянні смерті громадянинові**

Підстави та розмір відповідальності за ушкодження здоров'я і заподіяння смерті встановлені залеж­но від того, кому, ким і за яких обставин заподіяно шкоду. Тому необхідно розрізняти такі випадки відшкодування шкоди, заподіяної здоров'ю і життю громадянина:

1) відповідальність за ушкодження здоров'я і смерть грома­дянина, пов'язані з виконанням ним трудових обов'язків (ст. 456 ЦК);

2) відповідальність за ушкодження і смерть громадянина, за якого той, хто заподіяв шкоду, не зобов'язаний сплачувати страхові внески (ст. 457 ЦК);

3) відповідальність за ушкодження здоров'я і смерть грома­дянина, який не підлягає соціальному страхуванню (ст. 461 ЦК);

4) відшкодування шкоди при ушкодженні здоров'я неповно­літнього (ст. 462 ЦК).

Отже, чинне законодавство передбачає чотири види зобо­в'язань, які виникають внаслідок заподіяння шкоди життю і здоров'ю громадянина. Встановлення зазначених деліктних зобов'язань зумовлено специфікою об'єкта посягань: йдеться про заподіяння ушкодження здоров'я, заподіяння смерті. Це в свою чергу викликало необхідність застосування спеціаль­них правил, що регулюють визначення розміру відшкоду­вання. Крім зазначених статей ЦК України, при визначенні розміру відшкодування слід застосовувати Правила відшкоду­вання власником підприємства, установи, організації або уповноваженим ним органом шкоди, заподіяної працівникові ушкодженням здоров'я, пов'язаним з виконанням ним тру­дових обов'язків, затверджені постановою Кабінету Міністрів України від 23 червня 1993 р. (із змінами та доповненнями до них, затвердженими постановою Кабінету Міністрів України від 18 липня 1994 р.)1. Керівні роз'яснення Пленуму Верхов­ного Суду України щодо застосування зазначеного цивіль-

' Урядовий кур'єр. — 1994. — 28 липня.

***863***

ного законодавства передбачені в постанові "Про внесення змін та доповнень до постанови Пленуму Верховного Суду України від 27 березня 1992 р. "Про практику розгляду судами цивільних справ за позовами про відшкодування шкоди" від Є липня 1994 р.

Необхідність відшкодування шкоди, заподіяної життю і здо­ров'ю особи, зумовила введення спеціальних понять: "ка­ліцтво", "інше ушкодження здоров'я", "професійна непраце­здатність", "професійне захворювання" тощо, які будуть розкриті у процесі характеристики відповідних зобов'язань. Між собою зобов'язання із заподіяння шкоди життю і здоров'ю особи різняться за суб'єктним складом, методами обчислен­ня розміру відшкодування, про що буде сказано далі.

Право громадян на їх матеріальне забезпечення у разі повної або часткової втрати працездатності, а також втрати годувальника гарантується соціальним страхуванням праців­ників, допомогою по тимчасовій непрацездатності, сплатою страхових внесків власниками підприємств, установ та орга­нізацій. Власники підприємств, установ, організацій, які спла­чують внески на соціальне страхування, є *страхувальниками.* Такий самий обов'язок покладається на релігійні організації, якщо вони використовують за договором працю окремих осіб. Робітники, службовці, які працюють на підставі трудового до­говору, члени кооперативів, члени творчих спілок, а також інші творчі працівники, що не є членами творчих спілок, інші особи, які підлягають соціальному страхуванню, є *застрахо­ваними особами.*

Зазначену термінологію — страхувальник, застрахована особа — можна включити в назву зобов'язань із заподіяння шкоди життю і здоров'ю особи, і тому їх назва значно скоро­чується: а) відповідальність страхувальника за ушкодження здоров'я і смерть застрахованої особи; б) відповідальність нестрахувапьника за ушкодження здоров'я і смерть застрахо­ваної особи.

**Підстави відповідальності страхувальника за ушкоджен­ня здоров'я і смерть застрахованої особи.** Якщо робітни­кові у зв'язку з виконанням ним своїх трудових (службових) обов'язків заподіяно шкоду здоров'ю страхувальником, останній відповідає перед потерпілим за наявності загальних і спеціальних підстав цивільної відповідальності (ст. 440 ЦК). Спеціальні підстави відповідальності — це наявність трудових

864 Глава 35

відносин між страхувальником і потерпілим працівником, заподіяння шкоди, пов'язаної з виконанням працівником своїх трудових обов'язків.

**Наявність шкоди.** Під шкодою розуміють знищення або зменшення матеріального або нематеріального блага. Чинне законодавство (ст. 456 ЦК, Правила від 23 червня 1993 р.) передбачає відповідальність за шкоду, заподіяну працівникові каліцтвом або іншим ушкодженням здоров'я. Каліцтво — це раптове ушкодження здоров'я, що виникло внаслідок нещас­ного випадку в результаті діяння зовнішніх сил і пов'язане зі стійкою чи тимчасовою втратою працездатності. Під іншим ушкодженням здоров'я слід розуміти професійне захворю­вання, що виникло внаслідок винного порушення власником підприємства правил техніки безпеки, промислової санітарії, а не в результаті тривалої роботи, пов'язаної з певними виробничими шкідливостями. Наприклад, у цеху, де працю­вав потерпілий, була дуже погана вентиляція, і концентрація шкідливих речовин у повітрі перевищувала норму в 150 раз. Врахувавши ці обставини, суд дійшов висновку, що дійсною причиною професійного захворювання є винне порушення підприємством правил техніки безпеки і промислової сані­тарії. Норми Правил від 23 червня 1993 р. поширюються на всі професійні захворювання, в тому числі на професійні за­хворювання групи пневмоконіоз1.

**Протиправність діяння страхувальника.** На всіх під­приємствах, в установах, організаціях мають бути створені здорові і безпечні умови праці. Для цього підприємство повинно запроваджувати сучасні засоби техніки безпеки і створювати належні санітарно-гігієнічні умови з тим, щоб запобігти випадкам виробничого травматизму і виникненню професійних захворювань (ст. 153 Кодексу законів про працю України). Протиправні діяння страхувальника — це порушен­ня ним обов'язку із забезпечення здорових І безпечних умов праці, тобто невжиття ним усіх залежних від нього заходів щодо охорони праці робітників. Характер і кількість цих заходів визначаються існуюючим рівнем техніки, технології виробництва, техніки безпеки, виробничої санітарії. Тому відсутні протиправні діяння страхувальника, і він не відповідає

' Приклад запозичений з неопубпікованої судової практики України

Зобов'язання Із заподіяння шкоди 865

перед потерпілим, якщо ушкодження здоров'я потерпілого робітника є результатом тривалого діяння на його організм шкідливих умов виробництва, які не можна усунути за існую­чого рівня техніки безпеки.

Протиправна бездіяльність страхувальника має місце, якщо він не виконав обов'язку із забезпечення трудової і виробничої дисципліни працівників (ст. 141 Кодексу про пра­цю України), внаслідок чого заподіяно ушкодження здоров'я працівникові, який не причетний до порушення дисципліни. Підприємство-страхувальник у цьому випадку відповідає перед потерпілим. Існує й інша думка, за якою перед потер­пілим повинен відповідати безпосередній заподіювач шкоди — правопорушник дисципліни, особистість якого вста­новлюється вироком по кримінальній справі.

**Причинний зв'язок між протиправним діянням і шко­дою.** Потерпілий набуває права на відшкодування шкоди, якщо вона є наслідком неправомірної діяльності страхуваль­ника. Встановлення причинного зв'язку означає встановлен­ня кількох проміжних ланцюгів між неправомірною діяльністю страхувальника і втратою заробітку: протиправні дії страху­вальника зумовлюють настання нещасного випадку, який призводить до ушкодження здоров'я, що спричинює втрату працездатності. Втрата працездатності пов'язана з втратою заробітку.

**Вина страхувальника.** Під виною страхувальника слід розуміти вину працівника чи працівників даного підприєм­ства-страхувальника, яка Допущена ними під час виконання своїх трудових (службових) обов'язків (ст. 441 ЦК). Потерпі­лий не повинен доводити вину страхувальника. Іншими сло­вами, вина страхувальника припускається. Для звільнення від відшкодування шкоди страхувальник повинен довести, що шкоду заподіяно не з його вини. Вина страхувальника може бути встановлена в кожному конкретному випадку на підставі відповідних документів та інших юридичних фактів. До них належать:

1) акт про нещасний випадок на виробництві або акт про професійне захворювання;

2) висновок посадових осіб (органів), які здійснюють конт­роль за станом охорони праці та додержанням законодавства

28 О. Дзера

**860**

***Глава 35***

про працю, або профспілкового органу про причини ушкод­ження здоров'я;

3) медичний висновок про професійне захворювання;

4) рішення про накладення адміністративного або дисцип­лінарного стягнення на винних осіб;

5) рішення органів соціального страхування про відшкоду­вання власником (страхувальником) витрат на допомогу пра­цівникові в разі тимчасової непрацездатності у зв'язку з ушкодженням здоров'я;

6) вирок або рішення суду, постанова прокурора, висновок органів дізнання або попереднього слідства;

7) показання свідків.

**Наявність трупових відносин.** Страхувальник відповідає перед своїми працівниками, з якими він пов'язаний трудови­ми відносинами. Прийняття працівника на роботу і фактичний початок його трудової діяльності мають збігатися у часі. Якщо працівник приступив до роботи раніше, ніж був оформленим на неї, виникнення трудових відносин визначається момен­том фактичного початку його трудової діяльності.

**Заподіяння працівникові ушкодження здоров'я (каліцт­ва), пов'язаного з виконанням ним трудових обов'язків.** Каліцтво визнається пов'язаним з виконанням трудових обов'язків, якщо воно заподіяно:

1) на території страхувальника (під територією спід розу­міти земельну ділянку за генеральним планом, на якій розта­шовані виробничі, допоміжні та службові приміщення);

2) за межами території страхувальника при виконанні пра­цівником роботи за завданням страхувальника (наприклад, на комунікаціях тепло- та електромережі, на ремонтних робо­тах житлового фонду організації);

3) під час прямування до місця роботи і з роботи на транс­порті, що наданий страхувальником.

Для покладення цивільної відповідальності на страхуваль­ника необхідно встановити причинний зв'язок між нещасним випадком по заподіянню каліцтва і виконанням працівником трудових обов'язків. Положенням про розслідування і облік нещасних випадків на виробництві від 10 серпня 1993 р.1 передбачено, що деякі нещасні випадки, навіть коли вони ста-

ЗП України. — 1994. — Nв 1. — Ст. 1.

Зобов'язання Іа заподіяння шкоди 867

лися на виробництві, розглядаються як такі, що не пов'язані з ним. Такими є нещасні випадки, які сталися:

1) при виготовленні в особистих цілях без дозволу адміні­страції будь-яких предметів;

2) при використанні в особистих цілях транспортних засобів, належних страхувальникові;

3) при проведенні спортивних ігор на території страху­вальника;

4) при розкраданні матеріалів, інструментів тощо;

5) у результаті сп'яніння, коли воно не є наслідком дії тех­нічних спиртів, ароматичних, наркотичних та інших подібних речовин, що їх застосовують у виробничих процесах.

Страхувальник не несе цивільної відповідальності перед потерпілим робітником за каліцтво або смерть, якщо вони виникли внаслідок порушення потерпілим трудової дисциплі­ни. Наприклад, нещасний випадок стався через пустощі, сварку з особистих мотивів. У цьому разі безпосередній заподіювач відповідає перед потерпілим.

**Цивільна відповідальність страхувальника незалежно від вини за заподіяння ушкодження здоров'я і смерті застрахованій особі.** Чинне законодавство передбачає випадки, коли конкретні страхувальники відповідають перед потерпілими робітниками незалежно від вини, тобто відпові­дальність настає і за відсутності вини. Авіаційні підприємства зобов'язані відшкодувати шкоду, заподіяну ушкодженням здоров'я членам екіпажу повітряного судна України у зв'язку з виконанням ними службових обов'язків при злітанні, польоті і посадці повітряного судна. Єдиною обставиною, яка звільняє авіаційні підприємства від відповідальності, є вина потерпілих членів екіпажу у формі умислу. Обов'язок довести їх навмисну вину покладено на страхувальника, тобто на авіаційні підприємства. Потерпілий член екіпажу не повинен доводити свою невинність. Груба необережність потерпілого члена екіпажу не може звільнити страхувальника від відпо­відальності. Отже, авіаційні підприємства відповідають і за випадкове заподіяння шкоди членам екіпажу, в тому числі за шкоду, що виникла внаслідок непереборної сили (ст. 29 Повітряного кодексу України). Якщо заподіяння каліцтва екіпажу сталося в зв'язку з виконанням ними службових обов'язків під час стоянки, прибирання або ремонту судна, то авіаційні підприємства відповідають тільки за наявності їхньої

28\*

868 Глава 35

вини. Такі самі правила застосовуються у разі смерті члена екіпажу.

**Підстави відповідальності нестрахувальника за ушко­дження здоров'я і заподіяння смерті застрахованій особі.**

Якщо ушкодження здоров'я заподіяно нестрахувальником, тобто фізичною або юридичною особою, з якими потерпілий не перебуває у трудових відносинах, то вони несуть відпові­дальність за заподіяну шкоду. При цьому, коли шкоду запо­діяно джерелом підвищеної небезпеки, належним нестра-хувальникові, то він відповідає перед потерпілим як воло­ділець джерела підвищеної небезпеки незалежно від вини (ст. 450 ЦК). В інших випадках нестрахувальник відшкодовує шкоду при встановленні загальних підстав відповідальності (ст. 440 ЦК).

**Зміст і розмір відшкодування шкоди.** Відшкодування шкоди, заподіяної працівникові ушкодженням здоров'я, скла­дається з:

1) виплати втраченого заробітку (або відповідної його час­тини) залежно від ступеня втрати потерпілим професійної працездатності;

2) виплати у відповідних випадках одноразової допомоги потерпілому (членам сім'ї та утриманцям потерпілого);

3) компенсації витрат на медичну та соціальну допомогу (посилене харчування, протезування, сторонній догляд тощо);

4) за наявності факту моральної шкоди потерпілому від­шкодовується моральна шкода.

Розмір відшкодування у вигляді періодичних платежів визначається залежно від таких факторів: а) розмір середньомісячного заробітку; б) відсоток втрати професійної працездатності; в) відсоток вини потерпілого (ст. 454 ЦК, пункти 4, 9, 22, 23^ 26 та 29 Правил від 23 червня 1993 р.). Далі будуть охарактеризовані зазначені фактори.

**Середньомісячний заробіток.** Відшкодування шкоди полягає у виплаті потерпілому грошових сум у розмірі заро­бітку, який він втратив внаслідок втрати або зниження про­фесійної працездатності. Середній заробіток береться за ба­жанням потерпілого за 12 або останні 3 повні календарні місяці роботи, що передують каліцтву або настанню стійкої втрати працездатності при професійному захворюванні. Для визначення початку перебігу 12- або 3-місячного періоду необхідно зазначити місяць, в якому стався нещасний випа-

**Зобов'язання *Із заподіяння шкоди 869***

док. Ця інформація міститься в акті про нещасний випадок. Наприклад, нещасний випадок стався 21 серпня 1993 р. Отже, середньомісячний заробіток береться за липень, чер­вень, травень, квітень, березень, лютий та січень 1993 р., гру­день, листопад, жовтень, вересень та серпень 1992 р. Разом з тим практика не виключає інший порядок визначення початку перебігу зазначених періодів. У цьому випадку необхідно визначити час встановлення стійкої втрати працез­датності. Він передбачений у висновку медико-соціапьної експертної комісії (МСЕК) про відсоток втрати професійної працездатності внаслідок каліцтва. Такий порядок визначен­ня початку перебігу розглядуваних періодів бажаний для по­терпілих, у яких момент заподіяння каліцтва і час настання втрати працездатності розділені тривалим періодом часу. Наприклад; нещасний випадок стався 18 червня 1990 р. Після цього робітник продовжував виконувати свої трудові обов'яз­ки. Через п'ять років у листопаді 1995 р. різко погіршився стан здоров'я працівника, внаслідок чого він за висновком МСЕК від 15 грудня 1995 р. визнаний непрацездатним у зв'язку з каліцтвом, заподіяним йому 18 червня 1990 р. В цьому випад­ку середньомісячний заробіток визначається за листопад, жовтень, вересень і так далі до листопада 1994 р. За бажан­ням потерпілого при визначенні середньомісячного заробітку місяці, протягом яких працівник не працював або пропрацю­вав неповну кількість робочих днів з поважних причин, виключають з розрахунків і замінюють іншими, що передують цим місяцям. Види оплати праці, що враховуються при обчисленні середньомісячного заробітку, визначаються відповідно до чинного законодавства про пенсійне забез­печення.

Проект ЦК України розширив склад заробітку, який підлягає відшкодуванню. Так, до складу втраченого заробітку (доходу) включаються всі види оплати праці за трудовими і цивільно-правовими договорами як за місцем основної роботи, так і за сумісництвом, з яких сплачується прибут­ковий податок. Не враховуються виплати одноразового ха­рактеру (компенсації за невикористану відпустку, вихідна до­помога при звільненні тощо). За період тимчасової непраце­здатності і відпустки по вагітності і пологах враховується виплачена допомога. Доходи від підприємницької діяльності та авторський гонорар включаються до складу втраченого

Глава 35

заробітку, при цьому доходи від підприємницької діяльності включаються на підставі даних податкової інспекції.

Усі види заробітку (доходу) враховуються в сумах, нарахо­ваних до вирахування податків. Ця норма більшою мірою за­безпечує реалізацію принципу нового відшкодування шкоди, заподіяної життю і здоров'ю фізичної особи.

**Відсоток втрати професійної працездатності.** Ступінь втрати працездатності визначає медико-соціальна експертна комісія у відсотках до професійної працездатності, яку мав потерпілий до ушкодження здоров'я. Медико-соціальна експертна комісія проводить огляд потерпілого за направлен­нями: лікувально-профілактичного закладу, організації-стра­хувальника, профспілкового органу підприємства, органів слідства, прокуратури.

Можливі два варіанти врахування відсотка втрати профе­сійної працездатності:

1) втрата 100 відсотків професійної працездатності. В цьому випадку потерпілий має право на відшкодування пов­ної суми середньомісячного заробітку, бо він повністю втра­тив здатність працювати за своєю професією;

2) часткова втрата професійної працездатності. Розмір відшкодування визначається у відсотках до середньомісяч­ного заробітку, що відповідає ступеню втрати професійної працездатності. Наприклад, середньомісячний заробіток ста­новить 90 грн., потерпілий втратив 80 відсотків професійної працездатності. 80 відсотків від 90 грн. дорівнює 72 грн., тобто йдеться про суму, яку потерпілий втратив у зв'язку з втратою професійної працездатності і цю підлягає відшкодуванню.

**Вина потерпілого.** Якщо каліцтво заподіяне не тільки з вини страхувальнків, а и внаслідок грубої необережності потерпілого, розмір відшкодування має бути зменшений за­лежно від ступеня вини потерпілого (ст. 454 ЦК). Питання щодо того, чи є необережність грубою або простою, вирі­шується у кожному випадку з урахуванням конкретних обста­вин. Так, судова практика визнає грубою необережністю не­тверезий стан потерпілого, який сприяв виникненню або збільшенню шкоди. На практиці груба необрежність потерпі­лого прирівнюється до такої форми вини, як самовпевненість. Остання характеризується тим, що особа передбачає шкідливі наслідки своєї поведінки, проте легковажно розра­ховує їх уникнути. Наприклад, досвідчений кваліфікований

Зобов'язання Із заподіяння шкоди

працівник, маючи захисні окуляри, не скористався ними свідомо, нехтуючи правилами техніки безпеки, внаслідок чого йому заподіяно ушкодження ока. В даному випадку, вра­ховуючи досвід роботи і кваліфікацію потерпілого, є підстави говорити про грубу необережність з його боку у формі самов­певненості. Він передбачав шкідливі наслідки своєї поведінки, але легковажно розраховував на їх запобігання. У результаті нещасного випадку на виробництві потерпілий втратив 50 відсотків професійної працездатності. Із середньомісячного заробітку 80 грн. сума втраченого заробітку дорівнює 40 грн. (50 відсотків від 80 грн.). Оскільки нещасний випадок на виробництві стався внаслідок грубої необережності потерпі­лого, його вину визначено в 20відсотків. У цьому випадку втрачений заробіток має бути зменшений на 8 грн. (20 від­сотків від 40 грн.) і становить 32 грн. (40 грн. — 8 грн.).

Груба необережність потерпілого може бути підставою для зменшення розміру відшкодування, але не для відмови у та­кому відшкодуванні. Втрачений заробіток або його частину відповідно до ступеня втрати професійної працездатності відшкодовує страхувальник у повному обсязі, тобто без ура­хування розміру пенсії по інвалідності, а також незалежно від одержуваних потерпілим інших видів пенсій, заробітку (доходів) і стипендії. У разі заподіяння каліцтва або іншого ушкодження здоров'я застрахованій особі нестрахувальником розмір відшкодування у вигляді періодичних платежів визначається залежно від тих самих факторів (середно мсячний заробіток, відсоток втрати професійної працездат­ності, відсоток вини потерпілого), як при відшкодуванні шкоди страхувальником з урахуванням такої відмінності. На розмір відшкодування шкоди, заподіяної нестрахувальником впли­ває пенсія по інвалідності (ст. 457 ЦК). У зв'язку з цим, якщо з ушкодженням здоров'я потерпілому призначена пенсія по інвалідності або збільшено пенсію, яку він одержував, розмір відшкодування визначається за вирахуванням із втраченого заробітку суми призначеної пенс» по інвалідності або суми, на яку її збільшено. Пенсія з інших підстав, призначена потерпілому, як до, так і після ушкодження здоров'я, підлягає зарахуванню в частині, яка могла бути призначена йому в зв'язку з даним ушкодженням здоров'я (п. 6 постанови Пле­нуму Верховного Суду України "Про внесення змін і допов­нень до постанови Пленуму Верховного Суду України від

872 Глава 35

*27* березня 1992 р. "Про практику розгляду судами цивільних справ за позовами про відшкодування шкоди" від 8 липня 1994р.

**Відшкодування шкоди при заподіянні смерті потерпі­лому.** Коло *осіб, які мають право на відшкодування шкоди у зв'язку зі смертю потерпілого.* В разі смерті потерпілого право на відшкодування шкоди мають:

1) непрацездатні особи, які перебували на утриманні померлого;

2) непрацездатні особи, які не перебували на утриманні померлого, проте мали на день його смерті право на одер­жання від нього утримання;

3) дитина померлого, яка народилася після його смерті;

4) один з батьків, дружина померлого або інший член сім'ї незалежно від віку і працездатності, якщо він не працює і здійснює нагляд за дітьми, братами, сестрами або онуками померлого, які не досягли восьми років.

Зазначені особи мають право на відшкодування за наяв­ності підстав цивільної відповідальності заподіювача перед потерпілим, їм відшкодовуються засоби до існування, що вони втратили у зв'язку зі смертю потерпілого. Саме тому законо­давець пов'язує їх право на відшкодування з їх непраце­здатністю і фактом утримання (або правом на одержання. утримання на день смерті потерпілого).

Розглянемо ці умови. Непрацездатними особами визнаються:

1) неповнолітні особи (в тому числі дитина померлого, яка народилася після його смерті), що не досягли 18 років: вихо­ванці, учні, студенти, курсанти, слухачі, стажисти — до закінчення навчальних закладів, але не довше ніж до досяг­нення ними 23 років;

2) чоловіки, старші 60 років, і жінки, старші 55 років;

3) особи, визнані інвалідами 1, 2 і 3-ї груп.

Якщо особа частково втратила працездатність, але не визнана інвалідом, вона не набуває права на відшкодування в зв'язку зі смертю потерпілого. Щодо факту утримання, то судова практика вважає непрацездатних осіб утриманцями, якщо частина заробітку померлого, що припадала на кожного з них, була постійним та основним джерелом їх існування. При цьому непрацездатні особи можуть мати й інші джерела засобів до існування. Наприклад, непрацездатна дружина

Зоб 'язання із заподіяння шкоди 873

померлого одержує пенсію. Отже, сама по собі наявність заробітку, пенсії, стипендії, аліментів у непрацездатної особи не виключає факту утримання, якщо допомога була для неї постійним та основним джерелом існування. Для виникнення права на відшкодування не має значення чи були непраце­здатні утриманці у відносинах спорідненості або свояцтва з померлим, чи ні. Строк перебування на утриманні, а також роздільне проживання непрацездатного утриманця й потер­пілого не впливають на виникнення права на відшкодування.

**Визначення розміру відшкодування непрацездатним утриманцям та іншим особам, які мають право на відшко­дування.** Правила від 23 червня 1993 р. передбачають варіанти визначення розміру відшкодування у зв'язку зі смертю потерпілого.

**І варіант.** Непрацездатним утриманцям відшкодування визначається в розмірі середньомісячного заробітку помер­лого за вирахуванням частки, що припадала на самого померлого і працездатних утриманців, які не мають права на відшкодування. Наприклад, середній заробіток померлого становив 80 грн. На його утриманні перебували: працездатна дружина, яка не працювала, та двоє дітей віком 12 і 15 років. Для визначення розміру відшкодування необхідно провести такі розрахунки: із суми середнього заробітку виключити частину заробітку, що припадала на потерпілого і працездат­ну дружину: 80 грн.: 4 = 20 грн. х 2 = 40 грн; 80 грн.- 40 грн. = 40 грн. У даному випадку право на відшкодування мають двоє дітей і на них припадає 40 грн. Для визначення розміру відшкодування кожному з дітей необхідно зазначену суму поділити на кількість дітей: 40 грн.: 2 = 20 грн.

**II варіант.** Непрацездатним особам, які не перебували на утриманні померлого, але мали право на одержання від нього утримання, розмір відшкодування визначається таким чином: а) якщо кошти на утримання стягуються на підставі рішення суду, то відшкодування визначається в сумі, призна­ченій судом; б) якщо кошти на утримання не стягуються у су­довому порядку, то розмір відшкодування встановлюється у твердій грошовій сумі з урахуванням матеріального ста­новища непрацездатних осіб і можливості потерпілого за своє життя надавати їм допомогу. Наприклад, заробіток потерпі­лого становив 90 грн. на місяць. На відшкодування шкоди пре-

**874**

***Глава 35***

тендує непрацездатний батько потерпілого, який проживає з іншим сином (братом померлого) і перебуває на його утриманні. Враховуючи матеріальне становище батька і можливості потерпілого за своє життя надавати йому допо­могу, слід визначити розмір відшкодування батькові в сумі 20 грн.

**III варіант.** У разі, копи право на відшкодування шкоди мають одночасно непрацездатні особи, які були на утриманні померлого, і непрацездатні особи, які не були на його утриманні, спочатку визначається розмір відшкодування шкоди особам, які не були на утриманні померлого. Цим осо­бам розмір відшкодування визначається у твердій грошовій сумі, що виключається із заробітку померлого. Потім визна­чається розмір відшкодування шкоди особам, які були на утриманні померлого в порядку, зазначеному в 1 варіанті.

Відшкодування шкоди особам, які втратили годувальника, виплачується в повному розмірі без урахування призначеної пенсії та інших доходів. Це правило поширюється лише на випадки, коли смерть годувальника сталася внаслідок ушко­дження здоров'я, пов'язаного з виконанням ним трудових обов'язків. Отже, у решті випадків пенсія, що призначена у зв'язку зі смертю годувальника, підлягає зарахуванню і на її суму зменшується розмір відшкодування особам, які мають право на відшкодування у разі смерті годувальника.

**Випадки перерахунку сум відшкодування шкоди чле­нам сім'ї померлого.** Частина заробітку потерпілого, що обчислена на день його смерті відповідно до чинного законо­давства і припадає на непрацездатних утриманців та інших осіб, які мають право на відшкодування, надалі перерахунку не підлягає. Винятком є такі випадки.

По-перше, народження дитини після смерті потерпілого. Наприклад, на день смерті потерпілого на його утриманні перебували син 7 років і працездатна дружина 32 років, яка не працювала. Заробіток потерпілого становив 96 грн. Право на відшкодування має неповнолітній син. Частина заробітку загиблого, що припадає на сина, дорівнює 32 грн. (96 грн.: 3= = 32 грн.). Через чотири місяці після смерті потерпілого його вдова народила дочку. В цьому разі має бути перерахована частина заробітку потерпілого, що припадає на кожного члена сім'ї, який має право на відшкодування. Після наро-

Зобов’язання Із заподіяння шкоди 875

дження дитини право на відшкодування мають: дитина, яка народилася; дружина потерпілого незалежно від віку і стану здоров'я, яка доглядає за дитиною потерпілого, що не досягла восьми років. Як і раніше має право на відшкодування неповнолітній син потерпілого: 96 грн. : 4 = 24 грн. Отже, кожний із членів сім'ї загиблого, який має право на відшко­дування, після проведеного перерахунку вправі вимагати від заподіювана 24 грн.

По-друге, припинення (призначення) виплати суми відшко­дування одному з батьків, дружині або іншому члену сім'ї, який не працює і доглядає за дітьми, братами, сестрами або онуками потерпілого до досягнення ними восьмирічного віку. Частка вдови потерпілого становить 24 грн. Коли дочці випов­нилося 7 років, вдова влаштувалася на роботу. Виплата суми відшкодування їй була припинена. В цьому випадку частина заробітку потерпілого, що припадає на сина і дочку, підлягає перерахунку. Тепер право на відшкодування мають двоє дітей, бо дружина працездатна і своєю працею заробляє засоби до існування. З урахуванням частки, що припадає на самого потерпілого, частка дітей дорівнює 96 грн.: 3 = 32 грн.

**§ 12. Відповідальність за ушкодження здоров'я і смерть громадянина, який не підлягає соціальному страхуванню**

У ЦК України передбачено обсяг відпові­дальності в разі ушкодження здоров'я або смерті незастрахованої особи (ч. 1 ст. 461 ЦК).

Щодо умов відповідальності, то вони визначаються або на загальних підставах за ст. 440, або за ст. 450 — у випадку ушкодження здоров'я чи заподіяння смерті джерелом підвищеної небезпеки.

Суб'єктом відповідальності за ст. 461 можуть бути грома­дянин або організація, що заподіяли шкоду життю і здоров'ю незастрахованої особи.

876 Глава 35

Ця стаття поширюється на потерпілих осіб, які не підля­гають соціальному страхуванню. До них належать учні серед­ніх шкіл, вищих і середніх спеціальних навчальних закладів, домашні господарки та ін.

У разі ушкодження здоров'я незастрахованої особи їй від­шкодовуються фактичні майнові витрати на додаткове харчу­вання, протезування, санаторно-курортне лікування та ін., тобто витрати, що пов'язані з поновленням здоров'я, якщо по­терпілий за висновком лікарської експертизи дійсно потребує зазначених видів допомоги і не одержує їх через відповідні організації безоплатно.

Крім того, незастрахованій особі відшкодовуються збитки, пов'язані з втратою або зменшенням працездатності. При цьому розмір відшкодування визначається виходячи із заробітку відповідної категорії робітників і службовців, а не з фактичних прибутків незастрахованої особи (ч. 1 ст. 461 ЦК). Наприклад, розмір відшкодування студенту (учню), який дістав трудове каліцтво під час проходження виробничого на­вчання (практики), визначається за діючою на підприємстві ставкою (окладом) тієї професії, якої навчався потерпілий, проте не нижче від найменшого розряду тарифної сітки відповідної професії.

У тих випадках, коли студент (учень) виконував роботу на підставі трудового договору, відшкодування шкоди про­водиться за ст. 456 ЦК У країни (п. 16 постанови Пленуму Вер­ховного Суду України від 27 березня 1992 р.).

Зазначені норми застосовують, оскільки немає спеціаль­ного закону, що передбачає розмір відшкодування незастра­хованій особі.

У зв'язку з цим треба зазначити, що розмір збитків зе ушкодження здоров'я таким незастрахованим *особам* визначається спеціально.

У разі смерті незастрахованої особи право на відшкоду вання, яке обчислюється у зазначеному вище порядку мають громадяни, передбачені в ч. 2 ст. 456 ЦК України н. строки, названі у ч. З тієї самої статті.

Зобов'язання Іа заподіяння шкоди 877

**§ 13. Відшкодування шкоди при ушкодженні здоров'я неповнолітнього**

Цивільний кодекс України у ч. 1 ст. 462 передбачає розмір відшкодування неповнолітньому, який не досяг 15 років. Слід зазначити, що ч. 1 цієї статті прирівнює учнів до 18 років до неповнолітніх, які не досягли 15 років. Це пояснюється тим, що учні до 18 років здебільшого у зв'язку з навчанням, як і особи, що не досягли 15 років, не мають заробітку. Якщо зазначені особи не мають заробітку на час заподіяння шкоди, то їм відшкодовуються фактичні витрати (або витрати в майбутньому), необхідні для поновлення здоров'я. У ст. 462 міститься лише приблизний перелік цих витрат, на лікування, протезування, сторонній догляд тощо. Тому не виключається, що в конкретному випадку потерпі­лому мають бути відшкодовані витрати, не передбачені ч. 1 ст. 462, зокрема витрати, пов'язані зі спеціальним навчанням хворої дитини, з необхідністю додаткового харчування.

Необхідність у тих чи інших витратах має бути встановлена за допомогою відповідних доказів (висновку лікарської експертизи та ін.). Вимоги потерпілого про відшкодування за­значених витрат підлягають задоволенню за умови, якщо він відповідні види допомоги не одержав безоплатно.

Коли до моменту заподіяння ушкодження здоров'я неповнолітній, який не досяг 15 років, мав заробіток, тоді йому відшкодовуються разом з витратами, пов'язаними з поновленням здоров'я, збитки, пов'язані з втратою заробітку. Розмір періодичних платежів визначається з розрахунку фактичного заробітку, проте не нижче, ніж з мінімальної заробітної плати (ч. З ст. 462 ЦК).

По досягненні потерпілим 15 років (учнями — 18 років) їм відшкодовуються збитки, пов'язані з втратою або зменшен­ням їх працездатності. При цьому розмір збитків визна­чається з розміру середньої заробітної плати некваліфіко-ваного робітника в даній місцевості (ч. 2 ст. 462 ЦК).

У судовій практиці вважається, що збитки мають бути від­шкодовані потерпілим незалежно від того, приступили вони де трудової діяльності чи ні.

***878 Глава 35***

Якщо потерпілий здобув певну кваліфікацію, то після початку трудової діяльності він має право вимагати збіль­шення відшкодування за шкоду, пов'язану із зменшенням його працездатності, виходячи з розміру винагороди праців­ника його кваліфікації. Наприклад, потерпілий у віці до 18 років дістав ушкодження ноги. Потім він набув кваліфікації вчителя української мови та літератури, за якою він втратив 50 відсотків професійної працездатності. Потерпілий має право пред'явити до заподіювача шкоди позов про відшкоду­вання шкоди. Розмір відшкодування визначається виходячи із заробітку вчителя української мови та літератури і 50 від­сотків втрати професійної працездатності. При цьому потер­пілий має право подібні вимоги заявляти неодноразово за­лежно від зміни його кваліфікації.

Таке саме право за наявності здобуття кваліфікації повинно належати і потерпілим, які внаслідок ушкодження здоров'я повністю втратили працездатність або виконують роботу нижчої квалфікації (ч. 2 ст. 462 ЦК).

Сума відшкодування за втрату або зниження працездат­ності має бути зменшена на суму пенсії по інвалідності, що призначена і яку фактично одержує потерпілий після ушко­дження здоров'я.

На потерпілих, які не досягли 15-річного віку, правило ст. 454 ЦК України про врахування вини потерпілого не поширюється.

§ 14. Зміна розміру відшкодування шкоди

Чинне цивільне законодавство (ст. 463 ЦК, Правила від 23 червня 1993 р.) передбачає обставини, що дають право потерпілому або його непрацездатним членам сім'ї вимагати зміни розміру відшкодування втраченого заробітку, витрат на соціальну і медичну допомогу. До них належать:

1) зниження працездатності потерпілого. Необхідно, щоб працездатність знизилася у зв'язку із заподіянням ушкоджен­ня здоров'я порівняно з тією, яка була у потерпілого на мо-

шкоди

***879***

мент вирішення питання про відшкодування шкоди. Зниження працездатності є підставою не тільки для збільшення розміру періодичних платежів, а й для збільшення сум на сторонній

ДОГЛЯД;

2) зміна складу членів сім'ї померлого: народження дитини після смерті потерпілого і здійснення одним із членів сім'ї потерпілого догляду за дитиною до досягнення нею восьми років. Наприклад, на день смерті потерпілого на його утри­манні перебувала дочка 9 років. Дружина працювала. Заро­біток потерпілого становив 96 грн. Частина заробітку потер­пілого, що припадає на дочку, дорівнює 48 грн. (96 грн. : 2). Через п'ять місяців після смерті потерпілого його вдова наро­дила сина і звільнилася з роботи. В цьому випадку повинна бути перерахована частина заробітку потерпілого, що припа­дає на кожного члена сім'ї, який має право на відшкодування шкоди. Тепер ця частина дорівнює 24 грн. (96 грн. : 4). За­гальна сума відшкодування становитиме 72 грн. (24 грн. х 3);

3) підвищення мінімального розміру заробітної плати в порядку, визначеному законодавством. У цьому випадку є підстави пред'явити вимоги про збільшення мінімального розміру витрат на необхідний догляд за потерпілим;

4) підвищення тарифних ставок (окладів) працівників госп­розрахункових підприємств або заробітної плати відповідно до колективного договору. Право потерпілого вимагати збіль­шення розміру відшкодування у названих випадках не підля­гає дії позовної давності: потерпілий має право звернутися із зазначеною вимогою у будь-який час.

У статті 464 ЦК України сформульовано підстави, за наяв­ності яких заподіювач шкоди вправі вимагати зменшення розміру відшкодування. До них належать:

1) підвищення працездатності потерпілого порівняно з тією, яка у нього залишилася на момент вирішення питання про відшкодування йому шкоди;

2) припинення виконання обов'язків членом сім'ї потерпі­лого по здійсненню догляду за дітьми, братами, сестрами або онуками померлого, які не досягли восьми років. Наприклад, на день смерті потерпілого на його утриманні був син 6 років, працездатна дружина не працювала. Заробіток потерпілого становив 96 грн. Відшкодування шкоди було призначено на неповнолітнього сина і працездатну дружину, яка доглядала шестирічного сина. Частина заробітку потерпілого, що при-

880 Глава 35

падає на призначених осіб, дорівнює 64 грн. (96 грн.: 3 х 2). Через рік син пішов до шкоди і дружина влаштувалася на роботу. Заподіювач шкоди має право вимагати проведення перерахунку розміру відшкодування і припинення виплати відшкодування дружині. При цьому частина заробітку потер­пілого, що припадає на сина, становитиме 48 грн. (96 грн.: 2);

3) пред'явлення вимог про відшкодування у зв'язку зі смер­тю потерпілого новими особами після винесення рішення про відшкодування шкоди непрацездатним утриманцям померло­го. Наприклад, на утриманні померлого перебували двоє неповнолітніх дітей. Заробіток потерпілого — 96 грн. Дітям було присуджено 64 грн. (96 грн. : 3 х 2). Через півроку за відшкодуванням шкоди звернулася мати неповнолітньої дити­ни від першого шлюбу. Заподіювач має право вимагати змен­шення розміру відшкодування первісним утриманцям помер­лого. Сума відшкодування трьом неповнолітнім дітям помер­лого має бути визначена у розмірі 72 грн. (96 грн. : 4 х 3). Отже на кожну дитину припадає 24 грн.;

4) збільшення пенсії, одержуваної потерпілим у зв'язку з ушкодженням здоров'я. Ця обставина може бути підставою для зменшення розміру відшкодування, якщо за чинним за­конодавством розмір повного відшкодування зменшується на суму пенсії (статті 457, 461 та 462 ЦК).

**Порядок та умови відшкодування потерпілому додат­кових витрат у зв'язку з ушкодженням здоров'я.** Понад відшкодування втраченого заробітку заподіювач компенсує потерпілому додаткові витрати, пов'язані з ушкодженням здоров'я. До них належать: 1) додаткове харчування; 2) при­дбання ліків; 3) претензування; 4) сторонній догляд за потер­пілим; 5) санаторно-курортне лікування; 6) оплата проїзду потерпілого до місця лікування і назад, а в необхідних випад­ках також і особи, яка його супроводжує; 7) придбання спе­ціальних транспортних засобів; 8) побутове обслуговування (прання білизни, прибирання квартири тощо).

У Правилах від 23 червня 1993 р. передбачено приблизний перелік додаткових витрат. Тому заподіювач шкоди зобов'я­заний відшкодувати потерпілому й інші витрати, пов'язані з ушкодженням здоров'я (наприклад, витрати, необхідні для капітального ремонту спеціальних транспортних засобів

***881***

Потребу в зазначених додаткових витратах має підтвердити висновок медико-соціальної експертної комісії. Інвалідам 1-ї групи, крім випадків потреби у спеціальному медичному догляді, не потрібен висновок про потребу у догляді за ними.

Витрати на додаткове харчування визначаються на під­ставі раціону харчування, розробленого Міністерством охо­рони здоров'я України, і довідки регіональних органів держав­ного управління про середні ціни на продукти у відповідний період їх придбання. Витрати на ліки, лікування, протезування (крім протезів з дорогоцінних металів), придбання санаторно-курортних путівок, речей догляду за потерпілим визначають­ся на підставі рецептів лікарів, довідок або рахунків про їх вартість.

Розмір витрат на необхідний догляд за потерпілим залежно від характеру цього догляду встановлює медико-соціальна експертна комісія і він не може бути менший:

трьох мінімальних заробітних плат — на спеціальний медичний догляд (масаж, уколи тощо);

двох мінімальних заробітних плат — на звичайний догляд;

однієї мінімальної заробітної плати — на побутовий догляд (прибирання кімнати, прання білизни тощо).

Витрати на догляд за потерпілим відшкодовуються запо-діювачем незалежно від того, хто його здійснює.

Потерпілому компенсуються витрати на проїзд до місця лікування і назад. У разі необхідності супроводу потерпілого особі, яка його супроводжує, компенсується проїзд туди й назад, а також сплачуються добові і компенсуються витрати на житло відповідно до законодавства про службові відрядження.

Витрати на придбання спеціальних транспортних засобів відшкодовуються у розмірі вартості мотоколяски, що зазна­чається у рахунках організацій, які виділяють спеціальні транспортні засоби для інвалідів. Витрати на пальне, ремонт (капітальний, поточний, дрібний), технічне обслуговування транспортного засобу й запасні частини до нього підлягають стягненню із заподіювача у межах, встановлених для інвалі­дів, які одержують ці види компенсації від органів соціального забезпечення (п. 19 постанови Пленуму Верховного Суду України від 27 березня 1992 р.).

29 О. Дзера

***882 Глава 35***

Якщо потерпілому встановлена потреба в кількох видах до­помоги, йому відшкодовуються витрати на кожний вид. При визначенні розміру додаткових витрат не враховується відсоток вини потерпілого в ушкодженні його здоров'я.

**§ 15. Компенсація моральної шкоди**

Відповідно до Конституції України життя і здоров'я людини, Ті честь і гідність, особиста недоторканність і свобода та безпека довкілля визнаються найвищою соціаль­ною цінністю і особистими немайновими благами фізичної особи. Поняття "нематеріальне благо" є збірним, воно стосується як самого "блага", так і особистих немайнових прав. Отже, зазначені особисті немайнові блага є об'єктами відповідних особистих немайнових прав. До останнього часу цивільно-правовий захист порушених особистих немайнових прав здійснювався шляхом відновлення права, припинення дій, які порушують право, відшкодування збитків (ст. 6 ЦК).Законом України № 3188-12 від 6 травня 1993 р. передбачений новий спосіб захисту цивільних особистих прав — це компенсація моральної шкоди, який включено до статей 6, 7 та 4401 ЦК України. Проект нового ЦК України (1996 р.)не тільки зберіг зазначений спосіб захисту цивільних особистих прав, а й збагатив інститут компенсації моральної шкоди новими нормами, про що йдеться далі. Як бачимо, категорія моральної шкоди з'явилася в українському законодавстві порівняно нещодавно. Тривалий час вважалося, що моральна шкода в соціалістичному суспільстві компенсації взагалі не підлягає. На обгрунтування цього висновку наводилися лице­мірні, святенницькі аргументи нібито особистість радянської людини перебуває на такій недосяжній висоті, що приниження її честі, гідності, ділової репутації не може бути оцінено у гро­шах. Разом з тим уже з 20-х років у колишньому СРСР в юридичній літературі, у суспільній свідомості стверджувалися погляди на допустимість компенсації моральної шкоди. Необхідно підкреслити, що найвагоміший внесок у справу узаконення інституту компенсації моральної шкоди внесли

***Зобов'язання Іа заподіяння шкоди*\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_883**

своїми творами М. С. Малеїн1 і Г. М. Бєлякова2. Судова прак­тика також чимало зробила для становлення категорії мо­ральної шкоди. Відомі справи по відшкодуванню позадоговір­ної шкоди у зв'язку з загибеллю годувальника, при розгляді яких суд присуджував, наприклад, дитині, що втратила батька, суму більшу за ту, яка відповідає вартості втрачених засобів до існування. Різниця між зазначеними сумами — це присуд­ження компенсації моральної шкоди в прихованій формі дитині за смерть батька, внаслідок чого дитина позбавлена спілкування з батьком, батьківських пестощів, батьківської любові. Дитина втратила чимало радощів свого дитинства. Всі ці обставини не могли не вплинути на позитивний підхід зако­нодавця до формування норм про компенсацію моральної шкоди в цивільному законодавстві України.

Найзагальнішою нормою, яка вперше передбачила відшко­дування моральної шкоди, стала ст. 131 Основ цивільного за­конодавства 1991 р.3. В українській юридичній літературі пра­вило ст. 131 Основ про компенсацію моральної шкоди було сприйнято цілком позитивно. 4, застосування якої було можливим і в Україні до введення в дію Закону України № 3188-12 від 6 травня 1993 р.5. У цій нормі зроблено спробу визначити поняття моральної шкоди, а також закріпити умови й засоби її компенсації. Моральна шкода в ст. 131 Основ була визначена як заподіяння фізичних або моральних страждань. Умовами компенсації моральної шкоди були протиправність

' Див.: *Мапеин Н.С.* Возмещение вреда, причиненного личности. — М., 1965. — 230 с.; його ж. Общие вопросьі гражданско-правового положення личности / Гражданско-правовое положение личности в СССР. — М., 1975. — С. 37—46; його *ж.* Охрана личньїх прав граждан // Социапистичес-кое право й научно-техническая революция / Оте. ред. Р. О. Халфина. — М., 1979. — Гл. 9. — С. 274—298; його ж. Тражданский закон й права личности в СССР. — М., 1981. — 216 с.; його ж. Охрана личньїх (неиму-щестеенньїх) прав граждан // Развитие советского гражданского права на

современном зтапе. — М., 1986. — Гл. 8. — С. 203—223. і

Див.: Бєлякова А. М. Возмещение причиненного вреда (Отдельньїе вопросьі). — М., 1972. — 103 с.; Ті ж. Гражданско-правовая ответствен-ность за причинение вреда. — М., 1986. — 149 с.

3 Відомості 3^зду народних депутатів СРСР і Верховної Ради СРСР. — 1991. — № 26. — Ст. 733—734.

4 Див.: *Боброва Д. В.* Цивільне законодавство / В кн. Загальна теорія цивільного права: Підручник / За рад. О. А. Підопригори і Д. В. Бобро­вої. — К., 1992. — С. 20—21.

5 Відомості Верховної Ради України. — 1993. — № 24. — Ст. 259. **29\***

**884**

Глава 35

дій, що заподіяли шкоду, і вина заподіювана. Також встанов­лено, що моральна шкода компенсується у грошовій або іншій матеріальній формі. Розмір компенсації моральної шкоди визначає суд і при цьому незалежно від відшкодування май­нової шкоди. За ст. 131 Основ компенсація моральної шкоди як форма цивільно-правової відповідальності застосовується як за порушення особистих немайнових прав, так і за пору­шення майнових прав.

З моменту введення в дію на території України Закону України N^ 3188-12 від 6 травня 1993 р. правила ст. 131 Основ не застосовуються. Замість них слід застосовувати статті 7 і 4401 (в редакції Закону України № 3188-12 від 6 травня 1993 р.) ЦК України та статті інших кодексів і законів України.

Серед названих законів перш за все привертає увагу ст. 4401 ЦК України (в редакції Закону України № 3188-12 від 6 травня 1993 р.) про відшкодування моральної шкоди.

Виходячи із систематичного тлумачення ст. 4401 і врахо­вуючи ступінь її обов'язковості можна дійти висновку, що норма статті 4401 є загальною та імперативною. Отже, вона застосовується у всіх випадках незалежно від галузевої на­лежності порушених правовідносин. Порушеними можуть бути цивільно-правові, трудо-правові, адміністративно-пра­вові та інші відносини, внаслідок порушення яких потерпілому була заподіяна моральна шкода. У всіх цих випадках мораль­на шкода повинна компенсуватися за ст. 4401 ЦК України. Щодо спеціальних норм, то вони, на наш погляд, мають право на існування, якщо мають виключно відсильний характер або заповнюють прогалини загальної норми ст. 4401 в розумінні встановлення й інших юридичних наслідків порушення особистих і майнових відносин абсолютного характеру. Так, наприклад, ст. 7 ЦК України (в редакції Закону України № 3188-12 від 6 травня 1993 р.) передбачає право потерпі­лого вимагати від суду спростування відомостей, що не відпо­відають дійсності і принижують його честь, гідність чи ділову репутацію. З цих позицій за наявності колізій між ст. 4401 і відповідною спеціальною нормою повинна застосовуватися ст. 4401, а не спеціальна норма.

Наведені висновки є логічним наслідком незаперечного факту, що відносини з компенсації моральної шкоди є цивіль­но-правовими, недоговірними відносними, що виникають із порушення абсолютних прав: права на життя, права на

Зобов'язання Із заподіяння шкоди 885

здоров'я і його охорону, права власності та ін. Саме тому за­значені відносини не можуть регулюватися адміністратив­ним, трудовим, фінансовим та іншими галузями права. Уявляється непереконливою позиція постанови Пленуму Верховного Суду України від 31 березня 1995 р. № 4 "Про су­дову практику в справах про відшкодування моральної шкоди" (п. 2), згідно з якою статті 7 і 4401 ЦК України є спеціальними.1 Між тим спеціальні норми не відповідають змістові ст. 4401. Наприклад, п. 11 Правил відшкодування від 23 червня 1993р.2 передбачає, на відміну від ст. 4401 ЦК України, визначення розміру відшкодування на підставі згоди потерпілого і заподіювача моральної шкоди, рішення комісії з трудових спорів, а також максимальний розмір відшкодуван­ня моральної шкоди, який не може перевищувати 200 міні­мальних розмірів заробітної плати. Щодо визначення розміру відшкодування моральної шкоди на підставі згоди потерпілого і заподіювача шкоди, то це положення Правил суперечить Конституції України (нормам розділу II) та ЦК України (ст. 4401), бо захист порушених абсолютних прав на життя, здоров'я здійснюється на підставі імперативних норм закону, а не зазначеної згоди. Не можна, щоб заподіювач моральної шкоди, тобто правопорушник, хай і разом із потерпілим визначав розмір власної відповідальності перед ним. Це не тільки помилково з точки зору формально-юридичної, а й аб­сурдно, виходячи із здорового глузду. Щодо можливості визначення розміру компенсації моральної шкоди на підставі рішення комісії з трудових спорів, то це фактична помилка. Визначення розміру компенсації моральної шкоди — це еле­мент цивільно-правового спору,і розв'язання цього питання не має ніякого відношення до комісії, яка розглядає трудові, а не цивільно-правові спори.

Нарешті, ст. 4401 не передбачає максимального розміру компенсації моральної шкоди і тому не має жодних підстав

Див.: Збірник постанов Пленуму Верховного Суду України. — Ч. І. — К., 1995. — С. 31.

2 Комментарий по применению Правил возмещения собстеенником предприятия, учреждения й организации или уполномоченньїм им органом вреда, причиненного работнику повреждением здоровья, связанньїм с исполнением им трудовьіх обязанностей / Під керівництвом і за ред. академіків НАН України В. К. Мамутова і Ю. С. Шемшученка. — К., 1996.— С. 51.

***886***

Глава 35

встановлювати розглядуване положення до того ж у підзаконному нормативному акті, якими є Правила 1993 р. Але справа тут не тільки в розбіжностях між ст. 4401 і п. 11 Правил. Су­дова практика виходить з того, що в кожному конкретному випадку розмір компенсації моральної шкоди визначається з урахуванням характеру і тривалості страждань, стану здо­ров'я потерпілого, тяжкості завданої травми, істотності виму­шених змін у його життєвих стосунках1. Як видно, суди вра­ховують ступінь фізичних і моральних страждань, пов'язаних з індивідуальними особливостями особи, якій заподіяно шкоду. Насправді, одна людина дуже гостро переживає неправомірне втручання іншої особи у сферу її особистих і майнових прав. А іншій особі все як з гуся вода. Він спокійно реагує на дії, які спричиняють йому будь-яку шкоду. За наяв­ності таких критеріїв визначення розміру компенсації мо­ральної шкоди встановлення в ЦК України, як і в інших цивіль­них законах, мінімального2 і максимального розмірів компен­сації моральної шкоди є невиправданим3. Висловлена проти­лежна думка4. Від таких правил відмовився проект ЦК України і це правильно.

За змістом ст. 4401 ЦК України збігається із ст. 131 Основ цивільного законодавства, за винятком моментів, зазна­чених вище, а також певних редакційних відмінностей.

При розгляді справ про компенсацію моральної шкоди в судах виникли питання, які потребують роз'яснення:

1) чи може настати цивільно-правова відповідальність за заподіяння моральної шкоди незалежно від вини заподіювана шкоди?

Пункт 9 постанови Пленуму Верховного Суду України від 31 березня 1995 р. Nв 4. 36. постанов Пленуму Верховного Суду України. — Ч. 1. — К.,1995. — С. 33—34.

Стаття 4401 ЦК України передбачає мінімальний розмір компенсації моральної шкоди у вигляді п'яти мінімальних розмірів заробітних плат.

д

Див.: *Загорулько А'.И.* Обязатепьства по возмещению вреда, причиненного суб'єктами гражданского права. — Харьков, 1996. — С. 109.

Пив.: *Шимон С.І.* До питання щодо розміру відшкодування моральної шкоди / В кн.: Вдосконалення законодавства України в сучасних умовах:

36, наукових, статей. — К., 1996. — Вип. І. — С. 12&—135; *її ж.* Від­шкодування моральної (немайновоТ) шкоди як спосіб захисту суб'єктивних цивільних прав: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. — К., 1998. — 17 с.

***Зобов'язання Із заподіяння шкоди 887***

2) чи можна присудити суму компенсації моральної шкоди **за** межами компенсації моральної шкоди, встановленими ст. 4401 ЦК України, п. 11 Правил відшкодування від 23 чер­вня 1993 р. та ст. 13 Закону України від 1 грудня 1994 р.

3) чи може впливати ступінь вини заподіювача шкоди на розмір компенсації моральної шкоди?

4) чи можна присуджувати компенсацію моральної шкоди у вигляді періодичних виплат або одноразової виплати?

5) чи допускається компенсація моральної шкоди, запо­діяної смертю близької людини.

Деякі із зазначених питань були так чи інакше розв'язані в постанові Пленуму Верховного Суду України "Про судову практику в справах про відшкодування моральної (немайно-вої) шкоди" від 31 березня 1995 р. № 41.

**Стосовно** допустимості компенсації моральної шкоди за відсутності вини заподіювача. У п. 8 зазначеної постанови невинна відповідальність заподіювача моральної шкоди роз­глядається як виняток і допускається, якщо вона прямо передбачена законом. Таке роз'яснення не задовольняє по­треб судової практики. В юридичнй літературі висловлена думка про допустимість невинної відповідальності за запо­діяння моральної шкоди при ушкодженні здоров'я джерелом підвищеної небезпеки2. Також і в проекті ЦК України чітко і ясно перелічені випадки компенсації моральної шкоди неза­лежно від вини заподіювача, якщо: 1) шкоду завдано життю і здоров'ю фізичної особи джерелом підвищеної небезпеки;

2) шкоду завдано фізичній особі внаслідок її незаконного за­судження, незаконного притягнення до кримінальної або адміністративної відповідальності, незаконного застосування як запобіжного заходу взяття під варту або підписки про невиїзд, незаконного затримання, незаконного накладення адміністративного стягнення у вигляді арешту чи виправних робіт; 3) в інших випадках, передбачених законом (п. 2 ст. 1262 проекту ЦК)3.

' Збірник постанов Пленуму Верховного Суду України. — Ч. 1. — К., 1995. — С. 31-^37.

Див.: Гражданское право: Учебник / Под ред. Ю. К. Тостого, А. П. Сергееаа. — М., 199Є. — Ч. 1. — С. 281.

3 Українське право. — 1996. — № 2. — С. **382**

***888 Глава 35***

Зазначені випадки цивільно-правової відповідальності заподіювача моральної шкоди незалежно від вини є, на наш погляд, цілком виправданими. До того ж перелік цих випадків є відкритим, що дає можливість за наявності відповідних умов передбачити нові випадки компенсацї моральної шкоди за відсутності вини заподіювача.

Щодо меж компенсації моральної шкоди. У постанові Пле­нуму Верховного Суду України від 31 березня 1995 р. роз'яснюється, що суд встановлює розмір компенсації мо­ральної шкоди з урахуванням цих меж. Вище були наведені аргументи на користь відмови від легальних меж компенсації моральної шкоди. На цьому фоні дуже привабливою є позиція проекту ЦК України, який не знає легальних меж компенсації моральної шкоди.

Про можливість чи неможливість впливу ступеня вини заподіювача моральної шкоди на розмір її компенсації.

Звернемо увагу на те, що чинна ст. 4401 ЦК України не передбачає урахування ступеня вини заподіювача при визначенні розміру компенсації моральної шкоди. В цьому питанні зміст ст. 4401 цілком відповідає фундаментальному принципу цивільного права — принципу повного відшкоду­вання. Звичайно не можна до ситуації із заподіянням мораль­ної шкоди автоматично застосувати принцип повного відшко­дування, тобто повернення відповідної суми вартості, що була втрачена внаслідок заподіяння шкоди. При повному відшко­дуванні шкоди цивільна вина і її форми не впливають на роз­мір відшкодування (статті 440 і 453 ЦК). Цей принцип зберігає свою силу і при визначенні розміру компенсації моральної шкоди, незважаючи на всю її специфіку. Тому викликає подив позиція постанови Пленуму Верховного Суду України від 31 березня 1995 р., в якій двічі підкреслюється необхідність вра­хування ступеня вини заподіювача при визначенні розміру компенсації моральної шкоди (пункти 5 і 9 постанови).

В юридичній літературі вже було висловлено негативне ставлення до такої позиції Пленуму1.

Див.: *Іванвнко Л.М., Дзера О.В.* Особливості відшкодування мо­ральних збитків, завданих покупцеві внаслідок придбання товару низької якості / В кн.: Мале підприємництво і менеджмент в Україні (публічно і приватно-правові засади): 36. наукових праць. — К.,-1997. — С. 201.

Зобов'язання Із заподіяння шкоди 889

Щодо періодичності виплат по компенсації моральної шкоди, то суди, як правило, присуджують компенсацію мо­ральної шкоди у вигляді одноразової грошової виплати. Така практика закріплена і в проекті ЦК України.

У питанні допустимості компенсації моральної шкоди, що заподіяна смертю близької людини, постанова Пленуму від 31 березня 1995 р. виходить з того, що близькі родичі особи, якій завдано моральну шкоду, права на компенсацію такої шкоди не мають. Буквальний текст роз'яснення дає можли­вість говорити про те, що автори постанови проти переходу права на компенсацію моральної шкоди потерпілого до його близьких родичів за спадкоємством. Таке розв'язання проб­леми не викликає заперечень. Але у судовій практиці виникло інше питання: чи можна компенсувати моральну шкоду, за­вдану смертю близької людини. Мати втратила єдиного сина, який загинув в автокатастрофі. Діти втратили батьків теж внаслідок якоїсь катастрофи. Чи мають зазначені особи (мати, діти) право на компенсацію моральної шкоди? Впевне­на, що так. Смерть близької людини спричиняє тяжкі душевні страждання у всякому разі членам сім'ї, за якими повинно бути визнано право на компенсацію моральної шкоди.

Проект ЦК України передбачає норму, за якою моральна шкода, завдана смертю (втратою) дружини (чоловіка), дітей, у тому числі усиновлених, батьків компенсується особам, які зв'язані із загиблим (загиблою) сімейними відносинами, що визначені ст. 1270 проекту ЦК України.

Глава 36. Зобов'язання із рятування колективної і державного майна

§ 1. Поняття та елементи зобов'язань із рятування колективного і державного майна

Згідно зі ст. 467 ЦК України шкоду, якої за­знав громадянин при рятуванні колективного і державного майна від небезпеки, що йому загрожувала, повинна відшко­дувати та організація, майно якої рятував потерпілий. Безпо­середнім приводом виникнення даного інституту були дві справи, що з'явилися у судовій практиці України.

У справі за позовом громадянина М. було встановлено, що позивач, їдучи залізницею як пасажир, під час стоянки побачив пожежу у поїзді, який стояв на сусідній колії. Він почав гасити пожежу, внаслідок чого дістав каліцтво, водно­час згорів його одяг. Потерпілий звернувся до суду про відшкодування заподіяної шкоди, що спричинила втрату пра­цездатності. Народний суд відмовив у позові, справа розгля­далась у різних судових інстанціях. Нарешті, одна з вищих судо­вих інстанцій зайняла іншу позицію і висловила ряд прин­ципових положень. Вона зазначила, що громадянин М. діяв не в особистих інтересах, а в інтересах охорони народного добра, виконуючи свій конституційний обов'язок, і зобов'яза­ла залізницю відшкодувати громадянинові М. заподіяну шкоду в повному обсязі. Аналогічною була справа за позовом гро­мадянки Б. до товариства "Динамо", чоловік якої загинув під час гасіння пожежі, що охопила склади названого товариства.

Зобов'язання із рятування майна 891

На утриманні загиблого були двоє дітей, від імені яких їх мати громадянка Б. вимагала відшкодування заподіяної шкоди. Верховний Суд при вирішенні даної справи зайняв аналогічну позицію, яку висловив щодо справи громадянина М.

Постанови судових інстанцій щодо наведених справ стали предметом глибокого наукового дослідження. Результати дослідження знайшли своє відображення у новому інституті, який закріплений у статтях 467 і 468 ЦК України.

Як уже зазначалося, внаслідок такого зобов'язання шкоду, якої зазнав громадянин при рятуванні колективного і держав­ного майна від небезпеки, що йому загрожувала, повинна відшкодувати та організація, майно якої рятував потерпілий (ст. 467 ЦК).

*Суб'єктами даного зобов'язання* є: громадянин, який має право на відшкодування заподіяної шкоди і виступає в особі кредитора (потерпілого) та організація, що зобов'язана цю шкоду відшкодувати і виступає в особі боржника.

Право вимагати відшкодування шкоди, завданої при ряту­ванні майна організації, належить будь-якому громадянинові, який, виконуючи свій громадський обов'язок, зазнав цієї шкоди. До того ж, не має значення, чи, ці дії вчинені під час виконання трудових обов'язків, чи ні, важливо, щоб вони являли собою здійснення громадського обов'язку.

Слід підтримати висловлений у літературі погляд, за яким право на відшкодування **за** ст. 467 ЦК України мають так звані професійні рятувальники, оскільки вихідна позиція є хибною — такі працівники зобов'язані ризикувати своїм життям і здоров'ям внаслідок трудових (службових) обов'яз­ків і ризик шкідливих наслідків повинен падати на них1. У разі смерті громадянина-рятувальника право вимоги належить особам, які мають право на відшкодування шкоди у зв'язку зі смертю годувальника (частини 1, 2 і 3 ст. 456 ЦК).

*Обов'язок відшкодування шкоди покладено на організацію, майно якої рятував потерпілий.* Для визначення організації-боржника вирішальним є належність даного майна організа­ції. Йдеться про державні підприємства та установи, громад­ські об'єднання, кооперативи (колгоспи), колективні під-

Див.: Ярошенко К.Б. Жизнь й здоровье под охраной законе. Граждан-ско-правовая защита личных неимущественных прав граждан. — М., 1990. — С. 97.

***892 Глава 36***

приємства, господарські товариства тощо, яким майно належить відповідно на праві колективної власності, повного господарського відання або на праві оперативного управлін­ня. Якщо майно в момент рятування було в іншій організації (оренда, перевезення, збереження тощо) або навіть у грома­дянина (прокат), то зобов'язаним суб'єктом буде організація, якій належить майно. Коли майно належить кільком органі­заціям, тоді шкоду, якої громадянин зазнав у зв'язку з його рятуванням, організації відшкодовують солідарне.

*Зміст зобов 'язання,* що виникає внаслідок рятування ко­лективного і державного майна, становить право потерпілого одержати відшкодування шкоди, якої він зазнав, і обов'язок організації-боржника відшкодувати цю шкоду.

*Об'єктом зобов'язання* є відшкодування шкоди потерпіло­му, якої він зазнав, рятуючи майно організації.

**§ 2. Підстави виникнення зобов'язань, пов'язаних з рятуванням колективного і державного майна**

Обов'язок відшкодування організацією шкоди громадянинові при рятуванні її майна виникає за таких підстав: а) наявність шкоди; б) спрямованість дій громадянина на рятування колективного і державного майна; в) реальність небезпеки, що загрожувала колективному або державному майну; г) причинний зв'язок між діями громадянина з ряту­вання майна та шкодою, якої зазнав громадянин.

Шкода, якої зазнав громадянин при рятуванні колектив­ного або державного майна, може виражатись у пошкодженні або знищенні належного йому майна, в повній або частковій втраті заробітку, спричиненою втратою або зменшенням пра­цездатності, а також у витратах, зумовлених ушкодженням здоров'я (посилене харчування, протезування, сторонній до­гляд тощо).

У разі смерті громадянина шкода виражається у втраті засобів до життя непрацездатними особами, які перебували на утриманні померлого або мали право на таке утримання

Зобов'язання Із рятування майна 893

(частини 2 і 3 ст. 456 ЦК), а також у витратах на поховання (ст. 459 ЦК). Рятування колективного і державного майна виявляється у тому, що громадянин вчиняє фактичні дії на *відвернення небезпеки,* що загрожувала колективному чи державному майну (наприклад, зупиняє поїзд, чим запобігає аварії; повідомляє про загрозу небезпеки), або на її зменшен­ня *чи ліквідацію* (бере участь у гасінні пожежі, знищує речі, що загрожували вибухом, тощо). Правове значення має у цьому випадку не вид дії громадянина, а її цілеспрямованість. Не має значення і та обставина, що громадянин за власною ініціативою чи на прохання інших осіб брав участь у рятуванні колективного або державного майна.

Обов'язок організації відшкодувати шкоду, якої зазнав гро­мадянин при рятуванні її майна, виникає *незалежно* від *наслідків рятування.* Власне цю обставину підкреслює і закон, вживаючи вираз "при рятуванні", а не "в рятуванні". Отже, вимога громадянина до організації грунтується на факті виникнення у нього шкоди, а не на ефективності дії щодо відвернення небезпеки, яка загрожувала майну організації. Організація не може ухилятися від обов'язку відшкодувати шкоду, посилаючись на те що остання значно переважає шкоду, яка була або могла бути відвернена.

Обов'язок організації відшкодувати шкоду виникає і в тих випадках, коли дії громадянина були спрямовані на рятуван­ня майна громадян, що перебувало у володінні організації. Правовою підставою перебування майна громадянина в організації можуть бути відповідні договори, зокрема комісії, схову, побутового підряду тощо. Приймаючи в даному випад­ку майно громадян, організація зобов'язана забезпечити його збереження. При збереженні майна громадян організа­ція зобов'язана відшкодувати вартість втраченого або пош­кодженого майна, що спричине збитки організації. Тому гро­мадянин, який рятує таке майно, запобігає шкоді, що її могла зазнати організація, і тим самим діє в інтересах організації.

Для виникнення відносин, які регулюються ст. 467 ЦК України, необхідно, щоб дії громадянина щодо рятування були зумовлені небезпекою, яка загрожувала знищенню, втраті або пошкодженню майна організації. Небезпека може бути спричинена стихійним лихом (повінь, землетрус, ураган), злочинним зазіханням на колективне або державне майно

894 Глава 36

(пограбування, крадіжка), а також діями працівників органі­зації внаслідок неналежного виконання ними своїх службових (трудових) обов'язків.

Небезпека, що загрожує колективному або державному майну, має бути реальною та наявною, об'єктивно існувати і фактично бути на момент вчинення дії по рятуванню. Наявність небезпеки потребує вчинення дій раптово, не че­каючи їх погодження з відповідними особами.

Для виникнення обов'язку відшкодувати шкоду необхідно, щоб між діями потерпілого по рятуванню колективного або державного майна і шкодою, якої він зазнав, був причинний зв'язок.

У цьому зобов'язанні немає заподіювача шкоди. Причиною шкоди потерпілого є його дії, якими він рятував майно. Орга­нізація зобов'язана відшкодувати шкоду, якщо вона виникла внаслідок дій потерпілого щодо рятування її майна.

Зобов'язання, що виникають внаслідок рятування колек­тивного або державного майна, зовні подібні до зобов'язань, які виникають із заподіяння шкоди. І в першому, і в другому випадках йдеться про відшкодування шкоди. Однак між вка­заними зобов'язаннями є істотна різниця. Зобов'язання із заподіяння шкоди виникають внаслідок вчинення заподіюва-чем правопорушення, тому покладення на нього обов'язку відшкодування є цивільною відповідальністю. У зобов'язан­нях, що виникають внаслідок рятування колективного і дер­жавного майна, причиною шкоди є правомірні дії самого потерпілого, якими він свідомо наражає себе на небезпеку. Тому відшкодування шкоди за правилами ст. 467 ЦК України не може кваліфікуватись як відповідальність.

За чинним ЦК України рятування майна, що належить на праві приватної- власності громадянам, не породжує обов'язку відшкодування. Проблема відшкодування шкоди, заподіяної при рятуванні життя і здоров'я громадян, охоплюється етично-моральними відносинами. Водночас це стосується тих випадків, коли небезпека зумовлена виною третьої особи (або незалежно від вини при дії джерела підви­щеної небезпеки), тоді на третіх осіб або володільців джерела підвищеної небезпеки повинен покладатись обов'язок відшкодувати шкоду, заподіяну при рятуванні життя і здоров'я. В інших випадках, коли небезпека спричинена стихійним

Зобов'язання Із рятування майна 895

лихом (повінь, землетрус тощо) чи виною особи, життя і здоров'я якої рятувалося, громадянин-рятівник, що зазнав шкоди, повинен одержати відшкодування у повному обсязі за рахунок державного бюджету.

**§ 3. Обсяг шкоди та порядок її відшкодування**

Обсяг шкоди, якої зазнав громадянин у зв'язку з рятуванням колективного або державного майна, та порядок її відшкодування визначаються відповідно до ч. 2 ст. 468, за правилами ч. 1 ст. 440, статей 451, 453 та 455, ч. 2 і 3 ст. 456, статей 457, 461—466 ЦК України. Оскільки вка­зані норми застосовують за аналогією, то їх необхідно тлу­мачити з урахуванням специфіки зобов'язань, що виникають у зв'язку з рятуванням зазначеного майна.

При пошкодженні або знищенні майна потерпілого організація зобов'язана відшкодувати річ у натурі або відшкодувати повністю збитки (ст. 453 ЦК). Якщо потерпілий дістав каліцтво або інше ушкодження здоров'я, у разі його смерті шкода у повному обсязі відшкодовується згідно зі ст. 455, частинами 1, 2 і 3 ст. 456, статтями 457, 461—466 ЦК України.

Відшкодування шкоди, заподіяної громадянином при ряту­ванні колективного або державного майна, проводиться у безспірних випадках за рішенням організації, майно якої рятував потерпілий, а за наявності спору— за рішенням суду (ч. 1 ст. 468 ЦК).

Глава 37. Зобов'язання

з безпідставного придбання

або збереження майна

Зобов'язання з безпідставного придбання або збереження майна — це один з видів позадоговірних зобов'язань. На підставі цього зобов'язання особа, яка одер­жала чи зберегла майно за рахунок іншої особи без достат­ньої підстави, встановленої законом або договором, зобов'я­зана повернути безпідставно придбане чи збережене майно цій особі, а остання має право вимагати від зобов'язаної особи виконання її обов'язку. В цьому визначенні приверта­ють увагу особливі юридичні факти, що породжують даний вид позадоговірних зобов'язань. До них належать:

а) збільшення (ч. 1 ст. 469 ЦК) або збереження (ч. 5 ст. 469 ЦК) майна однієї особи за рахунок іншої особи. Вираз "за рахунок іншої особи означає, що водночас відбуваються два процеси: придбання або збереження майна однією особою (набувачем) і втрата (витрачання) майна іншою особою (по­терпілим). Одержання майна може полягати не лише у придбанні предметів матеріального світу, а й у набутті речо­вих і зобов'язальних прав (наприклад, права власності на речі та гроші, в набутті права вимоги, в прийнятті послуг). Збере­ження майна має місце, коли одна особа виконала зобов'я­зання іншої, прийняла на себе зобов'язання замість іншої, за­знала витрат, які за нормального стану речей повинна була б понести особа, що зберегла майно;

Зобов'язання з безпідставного придбання майна 897

б) збільшення або збереження майна має бути безпідстав­ним. Безпідставність полягає в тому, що придбання чи збере­ження майна має місце "без достатньої підстави, встановле­ної законом або договором" (ч. 1 ст. 469 ЦК), або за підставою, яка згодом відпала (ч. 2 ст. 469 ЦК). Правило "без достатньої правової підстави, встановленої законом або до­говором" підлягає поширеному тлумаченню, а саме: без до­статньої правової підстави, передбаченої не тільки законом чи договором, а й адміністративним актом та односторон­ньою угодою.

Іноді правова підстава, за якою придбано майно, згодом відпадає. Це має місце, зокрема, або при одержанні майна на підставі угоди, яку пізніше і визнав суд чи арбітражний суд недійсною (статті 53—57 ЦК), або у зв'язку з введенням у дію нової правової норми, якій надається зворотна сила, або внаслідок скасування вищою інстанцією в порядку нагляду рішення суду чи арбітражного суду, на підставі яких було про­ведено стягнення на користь позивача.

Учасниками цих зобов'язань можуть бути як громадяни, так і організації. Предметом зазначених зобов'язань є дії зобов'язних осіб.

Особа, яка безпідставно одержала майно за рахунок іншої особи, зобов'язана повернути його потерпілому. Наприклад, у результаті помилки залізниця видала вантаж організації, яка не є вантажоодержувачем. У цьому разі зазначена орга­нізація придбала не належне їй майно і зобов'язана повер­нути безпідставно придбане майно.

У випадку невиконання цього обов'язку безпідставно одер­жане майно підлягає стягненню із зазначеної організації у примусовому порядку через суд або арбітражний суд. Заходи державного примусу, що застосовуються до подібних осіб, є цивільно-правовою санкцією. Для застосування її необхідно встановити об'єктивний факт придбання чи збереження майна без достатніх підстав, встановлених законом, адміні­стративним актом або угодою. Наявності вини в діях зобов'язаної особи не вимагається. Це пояснюється тим, що безпідставно придбане майно може бути не лише результа­том поведінки зобов'язаної особи, а й результатом подій, поведінки самого потерпілого, третіх осіб.

Те саме стосується характеру обов'язку особи, яка безпід­ставно зберегла майно за рахунок іншої особи (ч. 5 ст. 469

***898* Глава 37**

ЦК). Наприклад, електролічильник, встановлений у кому­нальній квартирі, записаний на ім'я одного з мешканців цієї квартири, який сплачує за користування електроенергією за всіх мешканців квартири. Проте останні при цьому не відшкодовують платникові свою частку. Зазначені мешканці зберігають своє майно (гроші) за рахунок володільця електро­лічильника, і тому вони зобов'язані відшкодовувати йому витрати, пов'язані з оплатою кількості електроенергії, яку вони споживають. Зміст вимоги щодо повернення безпідстав­но одержаного майна передбачено частинами 1, 3 і 4 ст. 469 ЦК України. Потерпілий має право вимагати повернення безпідставно одержаного майна у натурі на підставі ст. 50 За­кону України "Про власність", тобто пред'явленням віндикаційного позову до незаконного володільця.

Коли неможливо повернути майно у натурі, проводиться грошова компенсація. При цьому беруть до уваги ціни, що діяли на момент розгляду справи.

Розрахунки з приводу доходів між потерпілим і особою, яка безпідставно придбала майно, аналогічні розрахункам між власником і добросовісним набувачем у зв'язку з віндикацією майна (ст. 148ЦК).

В деяких випадках безпідставно одержане майно не підлягає поверненню. Так, не можуть бути витребувані суми авторської винагороди чи винагороди винахідникові, автору промислового зразка, корисної моделі, раціоналізаторові, що виплачені зайво або за підставою, яка згодом відпала, коли їх виплата проведена організацією добровільно за відсутності рахункової помилки з Ті боку і недобросовісності з боку одер­жувача (п. З ст. 471 ЦК). У разі скасування в порядку нагляду або у зв'язку з нововиявленими обставинами рішення про відшкодування шкоди, заподіяної каліцтвом або іншим ушко­дженням здоров'я, а також втратою годувальника, стягнені суми не повертаються відповідачеві, якщо скасоване рішення не було обгрунтовано на повідомлених позивачем не­правдивих відомостях або поданих ним підроблених докумен­тах (ст. 422 Цивільно-процесуального кодексу України).

У всіх зазначених випадках поведінка осіб, які одержали відповідні грошові суми, є невинною, і тому законодавець не визнав за потрібне застосувати до них цивільно-правову санкцію у вигляді повернення майна, що одержано безпід­ставно чи за підставою, яка згодом відпала.

Зобов'язання з безпідставного придбанн

Не є також безпідставно одержаним:

а) майно, передане на виконання зобов'язання до настан­ня строку виконання (п. 1 ст. 471), бо ст. 166 ЦК України до­пускає дострокове виконання зобов'язання боржником, якщо інше не випливає із закону, договору чи зі змісту зобо­в'язання. Проте і в інших випадках дострокового виконання зобов'язань передане майно не може бути витребувано як безпідставно одержане, оскільки уповноважена особа набула його за певною правовою підставою, хоч і з відступом від умов виконання зобов'язання;

б) майно, передане на виконання зобов'язання після закін­чення строку позовної давності у випадках, якщо таке вико­нання допускається ст. 82 ЦК України. Це пояснюється тим, що позовна давність встановлена не для того, щоб звільнити боржників від виконання їх обов'язків. У зв'язку з цим добровільне виконання зобов'язання після закінчення строку позовної давності є виконанням належного, і боржник не має права вимагати повернення виконаного.

Повернення майна потерпілому не є єдиною цивільно-пра­вовою санкцією, що її застосовують до осіб, які безпідставно одержали майно. Згідно зі ст. 470 ЦК У країни передбачається й інша цивільно-правова санкція — стягнення безпідставно придбаного майна у доход держави. В цій же самій статті визначено ознаки дій, що зумовлюють застосування такої санкції. До них належать:

дії повинні бути протиправними, що порушують інтереси держави й суспільства;

вчинення таких дій має характеризуватися суб'єктивним наміром порушити закон, тобто необхідно встановити вину особи у формі умислу;

дії не повинні полягати у вчиненні угод. У противному разі застосовують правові наслідки недійсності угод, передбачені статтями 49, 50 та 57 ЦК України;

дії не повинні підпадати під дію норм адміністративного та кримінального законодавства, що передбачають конфіскацію безпідставно придбаного майна.

Прикладами такої дії можуть бути присвоєння грошей, одержаних від продажу знахідки, власника якої не знайдено;

одержання грошей як виграшу внаслідок участі в азартній грі. За позовом прокурора, фінансових органів, місцевих дер-

900 Глава 37

жавних адміністрацій безпідставно придбані суми в судовому порядку стягуються в доход держави.

Особа, яка безпідставно одержала майно внаслідок неза­конних, навмисних дій, зобов'язана також повернути або відшкодувати всі доходи, що вона мала або повинна була мати з безпідставно придбаного майна. В даному випадку вона прирівнюється до незаконного недобросовісного володільця. Отже, у власність держави стягуються доходи або їхній гро­шовий еквівалент за весь час володіння безпідставно придбаним майном.

Стягнення безпідставно придбаного майна у доход держа­ви як цивільно-правова санкція застосовується до незакон­них володільців, якщо особа, за рахунок якої придбано майно, або невідома, або за чинним законодавством втратила право вимагати повернення належного їй майна.

ЗМІСТ

Від редакції

Частина перша

ЗАГАЛЬНІ ПОЛОЖЕННЯ ПРО ЗОБОВ'ЯЗАННІ І ДОГОВОРИ

Глава 1. Загальна характеристика зобов'язальних правовідносин .............. 7

§ 1. Поняття та склад зобов'язання ...... 7

§ 2. Підстави виникнення зобов'язань ...... 13

§ 3. Система цивільних зобов'язань ....... 15

Глава 2. Цивільно-правовий договір ....... 18

§ 1. Поняття, значення та функції договору в цивільному праві ............ 18

§ 2. Система цивільно-правових договорів ... 22

§ 3. Зміст і тлумачення договору ....... 29

§ 4. Укладення, зміна та розірвання договору . . 35

Глава 3. Виконання зобов'язань ........ 43

§ 1. Поняття та принципи виконання зобов'язання .............. 43

§ 2. Суб'єкти виконання зобов'язання ..... 46

§ 3. Місце, строк та спосіб виконання зобов'язання .............. 50

§ 4. Особливості виконання часткового та солідарного зобов'язання ......... 53

Глава 4. Способи забезпечення виконання зобов'язань ................ 57

§ 1. Поняття способів забезпечення виконання зобов'язань ............... 57

§ 2. Окремі способи забезпечення виконання зобов'язань ............... 60

**902 Зміст**

§ 3. Речово-правові способи забезпечення виконання зобов'язань .......71

Глава 5. Відповідальність за порушення зобов'язань

§ 1. Поняття та значення цивільно-правової відповідальності ............103

§ 2. Види договірної відповідальності .....107

§ 3. Умови (підстави) договірної відповідальності

Глава 6. Припинення зобов'язань .......119

§ 1. Поняття та способи припинення зобов'язань .........119

§ 2. Окремі способи, припинення зобов'язань. Виконання зобов'язань .........120

Частина друга ДОГОВІРНІ ЗОБОВ'ЯЗАННЯ

*Розділ 1 Зобов 'язання з передачі майна у власність*133

Глава 7. Купівля-продаж ...... 133

§ 1. Поняття, значення та види договору купівлі-продажу ........ 140

§ 2. Сторони у договорі купівлі-продажу

§ 3. Предмет договору. Ціна у договорі. Форма договору ........ 143

§ 4. Встановлення моменту виникнення права власності у Покупця .......... 158

§ 5. Зміст договору купівлі-продажу та правові наслідки його порушення ........ 168

§ 6. Договір міни (бартеру) ...... 174

§ 7. Особливості купівлі-продажу в зовнішньоекономічному обігу ..... 179

Глава 8. Купівля-продаж у роздрібній торгівлі . . § 1. Організаційно-правові основи торговельної діяльності

§ 2. Договір купівлі-продажу в роздрібній торгівлі ...............

§ 3. Правове регулювання торгівлі окремими видами товарів ............

§ 4. Загальна характеристика законодавства про захист прав споживачів ........

§ 5. Гарантійні та інші строки (терміни) як способи підвищеного захисту прав споживачів ....

§ 6. Правові способи та порядок відновлення прав споживачів, які придбали товар неналежної якості ...........

Глава 9. Договір купівлі-продажу об'єктів приватизації ...........

Глава 10. Правове регулювання купівлі-продажу на біржах ...............

§ 1. Правила біржової торгівлі ......

§ 2. Біржові угоди купівлі-продажу на товарній біржі ...............

§ 3. Купівля-продаж іноземної валюти . . . § 4. Правове регулювання обігу акцій у системі фондового ринку України ........

Глава 11. Договори поставки. Договори про постачання

енергетичних та інших ресурсів через приєднану мережу ................. 322

§ 1. Поняття та значення договору поставки . . . 322

§ 2. Організація господарських зв'язків з поставок. Порядок і способи укладення договорів поставки . 326

§ 3. Зміст договору поставки ........ 330

§ 4. Виконання договору поставки ...... 336

§ 5. Правові наслідки порушення договору поставки ................ 342

§ 6. Договори про постачання енергетичних та інших ресурсів через приєднану мережу . . . 347

Глава 12. Договори про реалізацію сільськогосподарської продукції ......... *354*

§ 1. Поняття договору про закупівлю сільськогосподарської продукції ....... 354

§ 2. Зміст та виконання договору контрактації . . 357

§ 3. Відповідальність сторін за порушення договору контрактації ............... 360

§ 4. Інші договірні форми реалізації сільськогосподарської продукції ....... 362

Глава 13. Договір дарування .......... 364

§ 1. Поняття та ознаки договору дарування . . . 364

§ 2. Сторони та зміст договору дарування .... 366

Глава 14. Договір довічного утримання ...... 373

*Розділ II Зобов 'язання з передачі майна у користування .*

Глава 15. Майновий найом (оренда) .....

§ 1. Договір майнового найму ......

§ 2. Договір побутового прокату .....

§ 3. Правове регулювання оренди державного майна ...............

§ 4. Питання правового регулювання лізингу .

Глава 16. Найом жилого приміщення ......

§ 1. Житловий фонд України та порядок надання жилих приміщень ............

§ 2. Поняття, зміст та предмет договору найму жилого приміщення ...........

§ 3. Права та обов'язки наймача та членів його сім’ї) на користування жилим приміщенням . .

§ 4. Збереження права користування жилим приміщенням за тимчасово відсутніми наймачем або членами його сім'ї ...............

§ 5. Право на обмін жилого приміщення .... 424

§ 6. Піднайом жилого приміщення ....... 426

§ 7. Надання громадянам житла у зв'язку з капітальним ремонтом .......... 428

§ 8. Зміна договору найму жилого приміщення . . 429

§ 9. Припинення договору найму жилого приміщення ............... 431

Глава 17. Договір підряду .......... 435

§ 1. Поняття та значення договору підряду . . 435

§ 2. Зміст договору підряду ........ 442

§ 3. Права та обов'язки сторін. Правові наслідки неналежного виконання умов договору підряду .

§ 4. Договір побутового замовлення ..... 454

*Розділ III Зобов 'язання з виконання робіт*

Глава 18. Договори підряду в капітальному будівництві ................ 459

1. Капітальне будівництво в Україні та способи його здійснення ............... 459

2. Поняття та значення підрядних договорів у капітальному будівництві ......... 461

3. Система підрядних договорів у будівництві та організація договірних зв'язків ....... 463

4. Джерела регулювання підрядних відносин у будівництві .............. 466

5. Договір на виконання проектних і розвідувальних робіт ........... 468

6. Договір на виконання будівельних і монтажних робіт. Договір субпідряду .......... 473

Глава 19. Договори про виконання науково-дослідних, дослідно-конструкторських

і технологічних робіт . . . 484

§ 1. Роль та значення договорів про виконання науково-дослідних, дослідно-конструкторських

і технологічних робіт ........... 484

§ 2. Зміст договорів про виконання науково-технічних робіт ..........495

Глава 20. Договір про виконання проектних і пошукових робіт ..........506

Розділ IV Зобов 'язання у сфері інтелектуальної д

Глава 21. Авторські договори . . .515

§ 1. Роль і значення авторських договорів .515

§ 2. Авторська договори. Загальні положення......523

§ 3. Види авторських договорів та їх зміст ........529.

Глава 22. Договори про використання промислової власності ..............558

§ 1. Загальна характеристика ліцензійного договору .............558

§ 2. Інші види договорів про використання об'єктів промислової власності .....569

*Розділ V Зобов 'язання з надання послуг*

Глава 23. Транспортні договори . . .572

§ 1. Види перевезень та їх правове регулювання ........572

§ 2. Зміст, укладення та оформлення договорів про перевезення вантажів ......574

§ 3. Виконання договорів про перевезення вантажів .............581

§ 4. Відповідальність сторін за договором про перевезення вантажу .....588.

§ 5. Договір про буксирування .....595

§ 6. Договори **про** експлуатацію під’їзних **колій** подачу та забирання вагонів. Вузлові угоди

§ 7. Договір про перевезення пасажира та багажу ............597

§ 8. Претензії та позови при перевезеннях § 9. Договори про експедицію . . . . .599

Глава 24. Зобов'язання зі страхування ......602

§ 1. Соціально-економічна суть страхування та його правове регулювання ........606

§ 2. Страхове зобов'язання. Основні страхові поняття ................610

§ 3. Зобов'язання з добровільного страхування . .618

§ 4. Деякі види договорів добровільного майнового страхування ..............624

§ 5. Деякі види договорів особистого страхування .....630

§ 6. Зобов'язання з обов'язкового страхування . .631

Глава 25. Позика ............635

§ 1. Поняття, сторони та предмет договору позики ..............635

§ 2. Договір позики як кредитна угода . . . 637

§ 3. Форма та зміст договору позики . . .639

§ 4. Укладення та виконання договору позики..........643

Глава 26 Правове регулювання кредитно-розрахункових відносин .........647

§ 1. Поняття та види кредиту ......647

§ 2. Кредитні зобов'язання .......652

§ 3. Порядок відкриття рахунків у банках . .....669

§ 4. Порядок та форми розрахунків у господарському обороті ........678

Глава 27. Договір схову .......692

§ 1. Поняття договору схову ....692

§ 2. Підстави виникнення зобов'язань зі зберігання .........695

§ 3. Сторони, предмет, об'єкти, форма та строк договору схову .....700

§ 4. Права та обов'язки сторін за договором схову .............709.

§ 5. Відповідальність сторін у зобов'язаннях зі зберігання ...........719

Глава 28. Договір доручення ........726

§ 1. Поняття та значення договору доручення............726

§ 2. Зміст договору доручення ......732

Глава 29. Договір комісії! ........... 737

§ 1. Поняття, сторони та сфера застосування договору комісії ............. 737

§ 2. Предмет договору комісії ........ 743

§ 3. Форма, порядок укладення та строк договору комісії ................. 744

§ 4. Права та обов'язки сторін за договором комісії ................. 748

§ 5. Припинення договору комісії ....... 752

*Розділ VI Спільна діяльність.................754*

Глава ЗО. Поняття та основні види зобов'язань за спільною діяльністю .........754

Глава 31. Договір простого товариства

Глава 32. Установчі договори .............767

Глава 33. Зобов'язання у сфері інвестицій та виробничої кооперації ......772

§ 1. Інвестиційні договори ......... 772

§ 2. Правове регулювання договорів про виробничу кооперацію ............... 784

Частина третя ПОЗАДОГОВІРНІ ЗОБОВ

Глава 34. Зобов'язання, що виникають зі с небезпеки при порушенні довкілля . . .

§ 1. Поняття та елементи зобов'язань, що виникають зі створення небезпеки при

порушенні довкілля ....... 797

§ 2. Відповідальність юридичних і фізичних осіб за створення небезпеки при порушенні довкілля . 799

§ 3. Відшкодування шкоди, завданої внаслідок неусунення небезпеки (загрози) життю, здоров'ю

та майну ................ 801

Глава 35. Зобов'язання із заподіяння шкоди 803

§ 1. Поняття та елементи зобов'язань із заподіння шкоди ............ 803

§ 2. Деліктна відповідальність: поняття та зміст . . 807

§ 3. Особливості позадоговірної відповідальності та її функції ............... 811

§ 4. Підстави деліктної відповідальності ..... 817

§ 5. Відповідальність організації за шкоду,заподіяну з вини її працівника ........ 826

§ 6. Відповідальність за шкоду, заподіяну актами влади державних і громадських організацій . . . 829

§ 7. Відповідальність за шкоду, заподіяну правоохоронними органами ......... 835

§ 8. Відповідальність за шкоду, заподіяну джерелом підвищеної небезпеки ........... 843

§ 9. Відповідальність за шкоду, заподіяну неповнолітніми і недієздатними ....... 855

§ 10. Відповідальність за шкоду, спільно заподіяну кількома особами ............ 860

§11. Особливості відшкодування шкоди при ушкодженні здоров'я і заподіянні смерті

громадянинові .............. 862

***910***

§ 12. Відповідальність за ушкодження здоров'я і смерть громадянина, який не підлягає

соціальному страхуванню ...... 875

§ 13. Відшкодування шкоди при ушкодженні здоров'я неповнолітнього ....... 877

§ 14. Зміна розміру відшкодування шкоди . 878

§ 15. Компенсація моральної шкоди ..... 882

Глава 36. Зобов'язання із рятування колективного і державного майна ............ 890

§ 1. Поняття та елементи зобов'язань із рятування колективного і державного

майна ............. 890

§ 2. Підстави виникнення зобов'язань, пов'язаних з рятуванням колективного

і державного майна ........ 892

§ 3. Обсяг шкоди та порядок її відшкодування 895

Глава 37. Зобов'язання з безпідставного придбані або збереження майна .......... 896

ЗОБОВ'ЯЗАЛЬНЕ ПРАВО

теорія і практика

*Навчальний посібник для студентів юридичних вузів і факультетів університетів*

Відповідальний за випуск ТА. Яскажук Редактор Г.І. Вівдиченко

Комп'ютерний набір І.А. Березовська, Л.М. Сисоєва Комп'ютерна верстка Г.М Виноградова Художнє оформлення МА. Панасюк

Підписано до друку 17.08.98. Формат 84х108/32. Папір офсетний № 1. Гарн. Тайме. Друк офсетний. Умовн. друк. арк. 47,88. Обл.-вид. арк. 45,50. Тираж 6000. Зам. № 8-369. Ціна договірна.

Оригінал-макет виготовлено комп'ютерним центром СП "Юрінком Інтер". 232209, Київ-209, вул. Героїв Дніпра, З (свідоцтво про реєстрацію № 09729 від 28.05.97)

АТ "Київська книжкова фабрика", 252054, Київ, вул. Веронського, 24.

Зобов'язальне право: теорія і практика. Навч. 3-78 посібн. для студентів юрид. вузів і фак. ун-тів / О.В. Дзера, Н.С. Кузнєцова, В.В. Луць та інші; За ред. О.В. Дзери. - К.: Юрінком Інтер, 1998. - 912 с.

IЗВN 966-7302-44-Х

Аналізуються основні правові інститути зобов'язального права. Розглядаються загальні положення про зобов'язання і договори. Розкриваються положення про цивільно-правові договори та їх види (купівля-продаж, постачання, майновий найом, користування житлом, підряд тощо). В окремих розділах розглянуто позадоговірні зобов'язання, питання цивільно-правового регулювання відносин, пов'язаних з твор­чою діяльністю.

Для науковців, викладачів, аспірантів і студентів юридич­них вузів і факультетів університетів, господарських керів­ників, посадових і службових осіб державних установ та організацій.

ББК 67.304.2я73