

Київський регіональний центр
Національної академії правових наук України

НОВЕ УКРАЇНСЬКЕ ПРАВО

Випуск 1



Видавничий дім
«Гельветика»
2021

РЕДАКЦІЙНА КОЛЕГІЯ:

ГРИНЯК Андрій Богданович, доктор юридичних наук, професор, член-кореспондент Національної академії правових наук України, т.в.о. директора Київського регіонального центру Національної академії правових наук України (головний редактор);

ДУРНОВ Євген Сергійович, доктор юридичних наук, професор, заступник начальника управління координації пенсійних питань та соціальної роботи Департаменту персоналу МВС України, полковник поліції;

КОЛЕСНИК Тетяна Володимирівна, доктор юридичних наук, професор, професор кафедри цивільного, трудового права та права соціального забезпечення Донецького юридичного інституту МВС України;

КОСТЮЧЕНКО Олена Євгенівна, доктор юридичних наук, професор, в.о. провідного наукового співробітника Київського регіонального центру Національної академії правових наук України;

КОТ Олексій Олександрович, доктор юридичних наук, професор, член-кореспондент Національної академії правових наук України, в.о. головного наукового співробітника відділу дослідження проблем взаємодії держави та громадянського суспільства Київського регіонального центру Національної академії правових наук України;

КУЗНЕЦОВА Наталія Семенівна, доктор юридичних наук, професор, академік, віце-президент Національної академії правових наук України;

ЛОШИЦЬКИЙ Михайло Васильович, доктор юридичних наук, професор, професор кафедри публічного права Східноєвропейського університету імені Рауфа Аблязова;

МОНАЄНКО Антон Олексійович, доктор юридичних наук, професор, в.о. ректора Університету державної фіскальної служби України;

МОСКАЛЕНКО Олена Вячеславівна, доктор юридичних наук, професор, завідувач кафедри цивільно-правових дисциплін і трудового права імені проф. О.І. Процевського Харківського національного педагогічного університету імені Г.С. Сковороди;

ОНИЩЕНКО Наталія Миколаївна, доктор юридичних наук, професор, академік Національної академії правових наук України, в.о. завідувача відділу дослідження проблем взаємодії держави та громадянського суспільства Київського регіонального центру Національної академії правових наук України;

ПЕТРИШИН Олександр Віталійович, доктор юридичних наук, професор, академік, президент Національної академії правових наук України;

ПЛЕНЮК Мар'яна Дмитрівна, доктор юридичних наук, професор, в.о. ученого секретаря Київського регіонального центру Національної академії правових наук України;

ЧЕХОВСЬКА Ірина Василівна, доктор юридичних наук, професор, завідувач кафедри цивільного права Університету державної фіскальної служби України;

СІМОНС Вільям Бредфорд, доктор юридичних наук, почесний професор Лейденського університету (Лейден, Нідерланди)

Журнал ухвалено до друку Вченою радою
Київського регіонального центру Національної академії правових наук України
25 лютого 2021 р., протокол № 2

Науковий журнал «Нове українське право» зареєстровано Міністерством юстиції України
(Свідоцтво про державну реєстрацію друкованого засобу масової інформації
серія КВ № 24628-14568Р від 23.10.2020 року)

Офіційний сайт видання: www.newukrainianlaw.in.ua

Статті у виданні перевірені на наявність плагіату за допомогою програмного забезпечення
StrikePlagiarism.com від польської компанії Plagiat.pl.

ISSN 2710-4818 (Print)
ISSN 2710-4826 (Online)

© Київський регіональний центр
Національної академії правових наук України, 2021

ЗМІСТ

Великанова М. М.

МІНІМІЗАЦІЯ РИЗИКІВ У ДОГОВІРНИХ ЗОБОВ'ЯЗАННЯХ.....5

Гриняк А. Б.

СИСТЕМАТИЗАЦІЯ ТА ХАРАКТЕРИСТИКА ДОГОВОРІВ ПІДРЯДУ:
ОКРЕМІ ПИТАННЯ ОНОВЛЕННЯ ГЛАВИ 61
ЦИВІЛЬНОГО КОДЕКСУ УКРАЇНИ.....14

Кот О. О.

ІНСТИТУТ ВІДСТУПЛЕННЯ ПРАВА ВИМОГИ (ЦЕСІЇ)
У СФЕРІ ДОГОВІРНОГО РЕГУЛЮВАННЯ
ПРИВАТНОПРАВОВИХ ВІДНОСИН В УКРАЇНІ.....22

Міловська Н. В.

ДОГОВІР З НАДАННЯ СТРАХОВИХ ПОСЛУГ
ЯК РЕГУЛЯТОР СТРАХОВИХ ВІДНОСИН.....32

Пленюк М. Д.

ДОГОВІР КУПІВЛІ-ПРОДАЖУ В УМОВАХ РЕФОРМУВАННЯ
ЦИВІЛЬНОГО ЗАКОНОДАВСТВА41

Хоменко В. О.

АКЦІОНЕРНИЙ ДОГОВІР У СФЕРІ КОРПОРАТИВНИХ ПРАВОВІДНОСИН:
СУЧАСНІ РЕАЛІЇ ТА ТЕНДЕНЦІЇ РОЗВИТКУ.....49

CONTENTS

Velykanova Maryna

MINIMIZATION OF RISKS IN CONTRACTUAL OBLIGATIONS..... 5

Hryniak Andrii

SYSTEMATIZATION AND CHARACTERISTICS OF THE CONTRACTS
FOR SERVICES: INDIVIDUAL ISSUES OF THE AMENDMENT OF CHAPTER 61
OF THE CIVIL CODE OF UKRAINE.....14

Kot Oleksii

THE INSTITUTE OF ASSIGNMENT OF THE RIGHT OF DEMAND (CESSION)
IN THE CONTRACTUAL REGULATION OF PRIVATE LAW RELATIONS IN UKRAINE22

Milovska Nadiia

AN INSURANCE AGREEMENT AS A REGULATOR OF INSURANCE RELATIONS.....32

Pleniuk Mariana

PURCHASE AGREEMENT IN THE CONDITIONS OF CIVIL LEGISLATION REFORM.....41

Khomenko Viktoriia

SHAREHOLDERS' AGREEMENT IN CORPORATE LAW RELATIONS:
PRESENT-DAY REALITIES AND DEVELOPMENT TRENDS49

УДК УДК 347.4

DOI <https://doi.org/10.51989/NUL.2021.1.1>

МІНІМІЗАЦІЯ РИЗИКІВ У ДОГОВІРНИХ ЗОБОВ'ЯЗАННЯХ

Великанова Марина Миколаївна,

доктор юридичних наук, доцент,
в.о. провідного наукового співробітника відділу
дослідження проблем взаємодії держави та громадянського суспільства
Київського регіонального центру Національної академії правових наук України

У статті розглядаються ризики у договірних зобов'язаннях. Надається їх визначення та окреслюються напрями їх мінімізації.

Наголошується, що намагання «прорахувати» ризики, визначити ймовірність їх реалізації, передбачити наслідки та вплинути на них робилися в різні епохи із застосуванням різних методів. І це породило велику кількість теорій ризику, які так чи інакше намагаються пояснити сутність ризику та способи впливу на нього. Втім, сьогодення вимагає переосмислення вже напрацьованої методології та використання нових підходів в управлінні ризиками. Тому логічно, що одним із засобів мінімізації ризиків став договір, який має юридичну силу та за своєю суттю є волевиявленням сторін щодо несення ризиків. При цьому налагоджена система управління договірними ризиками – найпотужніший інструмент для мінімізації цих ризиків.

Наводяться головні ознаки та суттєві характеристики договірної ризику. Пропонується внести зміни до ст. 623 ЦК України з метою досягнення максимальної ефективності та виконання договором економічної ролі інструмента розподілу ризиків. Наголошено, що, регулюючи за допомогою договору розподіл ризиків (наприклад, ризик невиконання чи неналежного виконання договору), сторони мають узгоджувати принцип свободи договору з іншими засадами цивільного права.

Згадується про принцип свободи договору, закріплений ст. 3 ЦК України, який є певною мірою проявом диспозитивності у договірних відносинах, що передбачає можливість особи вільно, на власний розсуд здійснювати свої цивільні права.

У результаті робиться висновок, що договір має певною мірою подвійний характер. З одного боку, договір є інструментом розподілу ризиків, реалізуючи компенсаційну функцію. З іншого боку, договір сам може стати джерелом ризику. Ризик у такому разі може виявлятися на етапі укладення договору, на рівні умов договору, при виконанні договору чи перетворюватися на фінансовий ризик.

Ключові слова: договірні зобов'язання, договірні ризики, розподіл ризиків, мінімізація ризиків, управління ризиками.

Velykanova Maryna. Minimization of risks in contractual obligations

The article deals with the risks in contractual obligations. The author defines them and clarifies the means of minimization.

It is stressed that attempts "to miscount" risks, determine the probability of their implementation, predict the consequences and influence them were made in different epochs using various methods. This has generated a vast deal of risks theories, which somewhat try to explain the essence of risk and ways to influence it. Thus, the present requires to review the well-established methodology and to use new approaches to risk management. It is logical to assume that a contract has become one of the means of risk minimization, which has legal force and is the will of parties in terms of risk sharing. At the same time, a well-established system of contractual risk management is the most powerful tool for minimizing these risks.

The article provides the main features and essential characteristics of a contractual risk. The author proposes to amend Art. 623 of the Civil Code of Ukraine to achieve a maximum efficiency and execute an economic role of risk sharing tool by an agreement. It is emphasized that the parties shall agree the principle of freedom of contract with other principles of civil law when regulating risks sharing through a contract (for example, the risk of non-performance or improper performance of the contract).

It is mentioned of the principle of freedom of contract enshrined in Art. 3 of the CC of Ukraine, which is a kind of a manifestation of dispositiveness in contractual relations providing for the possibility of a person to exercise his civil rights freely and in his sole discretion.

The author concludes that a contract has a double nature. On the one hand, the contract is a tool for risk sharing, implementing the compensatory function. On the other hand, the contract per se can be a source of risk. In such a case, the risk may be manifested at the stage of concluding the contract, in the context of the terms of the contract, during the performance of the contract or turn into financial risk.

Key words: *contractual obligations, contractual risks, risk allocation, risk sharing, risk management.*

В умовах європейської інтеграції надзвичайно важливим є усунення невідповідностей між національними законодавствами країн, зокрема і в сфері регулювання договірних відносин. Вступаючи у договірні відносини, сторони покладають на договір певні «очікування», добровільно зв'язуючи себе зобов'язаннями. Втім, покладаючи певні сподівання на договір, сторони через неоднаковість норм договірного права можуть мати різне сприйняття мети договору, його змісту, виконання тощо. Це породжує інформаційну асиметрію, яка своєю чергою зумовлює договірні ризики, здатні призвести до невиконання або неналежного виконання договору, виникнення спору між договірними сторонами і, як результат, накладення штрафних санкцій. Такі штрафні санкції не тільки збільшують фактичні витрати договірних сторін, а й можуть створити неможливість виконання стороною інших своїх зобов'язань, втрату довіри від інших контрагентів, що взагалі може бути передумовою припинення діяльності такої сторони.

Сьогодні людство живе в суспільстві ризиків, де ризик стає «способом життя». Як слушно зазначає М. Веймер, ризик тепер сприймається як соціальне явище, виконуючи роль багатства в класових суспільствах: якщо в класовому суспільстві переважали дефіцит і розподіл багатства, то у суспільстві ризиків переважає занепокоєння щодо безпеки та розподілу ризиків [1, с. 10–11]. Відповідно, перед суспільством стоїть завдання напрацювання найефективніших підходів до мінімізації ризиків задля уникнення конфліктів між його членами, зокрема й за допомогою дого-

вору. Встановлення таких підходів мінімізації ризиків і є метою цієї публікації.

Варто зазначити, що намагання «прорахувати» ризики, визначити ймовірність їх реалізації, передбачити наслідки та вплинути на них робилися в різні епохи із застосуванням різних методів. І це породило велику кількість теорій ризику, які так чи інакше намагаються пояснити сутність ризику та способи впливу на нього [2, с. 7–44]. Втім, сьогодення вимагає переосмислення вже напрацьованої методології та використання нових підходів в управлінні ризиками.

Тому логічно, що одним із засобів мінімізації ризиків став договір, який має юридичну силу та за своєю суттю є волевиявленням сторін щодо несення ризиків. При цьому налагоджена система управління договірними ризиками – найпотужніший інструмент для мінімізації цих ризиків [3]. Варто відмітити, що така позиція підтримується і сучасними як зарубіжними, так і вітчизняними ученими. Зокрема, Р. Крейтнер розуміє договір як проекцію обміну на майбутнє, а оскільки майбутнє завжди невизначене, то договір виконує роль механізму розподілу ризиків (цит. за О.О. Мельник [4, с. 269]). К.А. Возняковська наголошує, що право не здатне повністю усунути можливі ризики, які виникають під час ведення підприємницької діяльності, але можливим є розподіл цих ризиків між учасниками – сторонами договірних зобов'язань [5, с. 78]. С. Шавелл однією з причин укладення договорів називає взаємовигідний перерозподіл або розподіл ризиків [6].

Д.А. Архипов, досліджуючи розподіл договірних ризиків у цивільному праві,

наводить визначення поняття «договірний ризик», під яким розуміє засновану на договорі ймовірність виникнення в однієї із сторін збитків та (або) інших негативних майнових наслідків, що не можуть бути попереджені при виявленні того ступеня турботливості й обачності, який вимагається від обох сторін характером договору та умовами обороту. На підставі цього визначення автор робить висновок, що договірному ризику притаманні такі ознаки: 1) покладання несприятливих наслідків на конкретну особу здійснюється на підставі договору (ознака зв'язку з договором); 2) щодо несприятливих наслідків невідомо, настануть вони чи ні (імовірнісна ознака); 3) несприятливі наслідки носять майновий характер (майнова ознака); 4) настання несприятливих наслідків не могло бути попереджено при прояві тієї міри турботливості й обачності, яка вимагається від обох сторін за характером договору та умовами обороту (ознака відсутності провини) [7, с. 32].

Схожою є позиція щодо ознак договірного ризику Д.А. Горячкіної, яка вказує на такі суттєві характеристики ризику в договірному зобов'язанні: 1) негативні наслідки мають майновий характер; 2) виникнення несприятливих майнових наслідків є можливим (невідомо чи вони настануть); 3) в основі розподілу ризику лежить закон або договір [8, с. 90–99].

Певним чином солідарна з попередніми авторами й О. Андреева, яка зазначає, що договірний ризик означає обтяження сторони господарсько невігідними наслідками при зміні обставин. Якщо ризик припадає на одну із сторін, то вона має виконати умови договору, навіть якщо це для неї збитково [9, с. 99].

Виконання договором функції розподілу ризиків є класичним розумінням договору в англо-американському праві, де така його функція забезпечує добровільний розподіл ризиків у саморегульованому суспільстві [10, с. 5–7]. Більше того, англійське договірне право явно базується на ліберальному ідеалі автономії особистості. Визнання сторонами власних інтересів та їх

наслідків підтримується правовою системою, навіть якщо це суперечить принципам справедливості чи добросовісності. Загальне договірне право ґрунтується на принципах визначеності та передбачуваності. Вважається, що сторони зможуть оцінити ризики, пов'язані з договором, і забезпечити належне регулювання відносин та розподіл ризику. Тобто, договір є достатнім для регулювання відносин між сторонами. Такі поняття, як добросовісність та справедливість, не є необхідними для застосування регулювання, узгодженого між сторонами; вони навіть уважаються небажаними, оскільки вносять елемент невизначеності, що є неприйнятним у бізнесі та комерції. До прикладу, якщо сторони досить чітко визначили в договорі правові наслідки невиконання зобов'язань і якщо це не порушує обов'язкових законів, то такі наслідки будуть застосовані, навіть якщо це може бути несправедливим [11].

Утім, останнім часом така позиція досить активно критикується як правознавцями, так і економістами. Зокрема, зазначається, що коли передбачені договором правові наслідки невиконання зобов'язань перевищують фактичні збитки, то вони, безумовно, є неефективними, оскільки змушують зобов'язану сторону виконувати умови договору навіть тоді, коли вартість виконання перевищує чисті вигоди для всіх учасників. А це слугує лише для збільшення очікуваного надлишку в управленій стороні, що не збільшує загального очікуваного надлишку і не сприяє загальному добробуту [12].

З іншого боку, надання можливості сторонам через суд завжди обмежувати обсяг своїх зобов'язань у разі невиконання чи неналежного виконання договору реальною шкодою та упущеною вигодою також суперечить ефективності. І хоча такий підхід дозволяє позбутися каральності, втім він не повною мірою реалізує й компенсаційну функцію. З огляду на те, що договір за своєю суттю є домовленістю сторін про розподіл ризиків, то сторони, намагаючись досягти повної компенсації ризиків, вмотивовані до такого розподілу

ризик майбутніх змін обставин (компенсаційні ризики), який хоча і є недостатнім або понадкомпенсаційним, але відображає суб'єктивну оцінку предмета договору і може включати так звану «страхову премію» за ризик.

З огляду на зазначене для досягнення максимальної ефективності та виконання договором економічної ролі інструмента розподілу ризиків видається доцільним закріпити положення, що при розподілі ризику домінуючою є воля сторін, виражена в договорі. У разі якщо розмір відшкодування, передбачений договором, є надмірним, то його зменшення до розумного розміру можливе у судовому порядку за ініціативою сторони, яка має здійснити таке відшкодування. Суд за власною ініціативою зменшити розмір відшкодування не може. Таке правило базується на позиціях економічної ефективності (як і в доктрині загального права), втім не нівелює справедливості. До того ж така норма відповідає й положенням Статті 9:509 Принципів Європейського договірного права, яка визначає, що погоджений платіж у випадку невиконання зобов'язання має бути зазвичай отриманий потерпілою стороною незалежно від фактично понесених збитків, але може бути зменшений до розумного розміру, якщо такий платіж надмірно перевищує збитки, понесені у результаті невиконання зобов'язання або у зв'язку з іншими обставинами. А відповідно до Статті 8:109 Принципів Європейського договірного права застосування засобів захисту порушених прав у разі невиконання може бути виключене або обмежене, якщо таке виключення чи обмеження не суперечить принципам сумлінності та чесній діловій практиці [13].

Крім того, для сторін особливе значення можуть мати й інші погоджені ними умови, наприклад «страхова премія» за ризик, яка може бути різною (більшою чи меншою) залежно від того, наскільки «ризиковими» є зобов'язання чи репутація (або її відсутність) сторони. На перший погляд, такі міри відповідальності можуть здаватися надмірними, хоча за своєю суттю

вони є економічно ефективними й розумними.

Тому в цивільному законодавстві України варто закріпити ці положення, внівши зміни до ст. 623 ЦК України та виклавши її у такій редакції:

«Стаття 623. Відшкодування збитків та моральної (немайнової) шкоди, завданих порушенням зобов'язання

1. Боржник, який порушив зобов'язання, має відшкодувати кредиторомі завдані збитки та моральну (немайнову) шкоду.

Якщо розмір збитків, моральної (немайнової) шкоди, інших мір відповідальності визначено в договорі, такий розмір підлягає відшкодуванню незалежно від фактичних втрат. У разі якщо розмір збитків, моральної (немайнової) шкоди, інших мір відповідальності надмірно перевищує фактичні втрати, суд може задовольнити вимогу про зменшення розміру збитків, моральної (немайнової) шкоди, інших мір відповідальності до розумної суми, яка має бути більшою, ніж фактичні втрати.

2. Розмір збитків та моральної (немайнової) шкоди, інших мір відповідальності, завданих порушенням зобов'язання, доказується кредитором.

3. Збитки можуть визначатися з урахуванням ринкових цін, що існували на день добровільного задоволення боржником вимоги кредитора у місці, де зобов'язання має бути виконане, а якщо вимога кредитора не була задоволена добровільно, – у день пред'явлення позову, якщо інше не встановлене договором або законом. Суд може задовольнити вимогу про відшкодування збитків, беручи до уваги ринкові ціни, що існували на день ухвалення рішення.

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

Така редакція цієї статті поєднує економічну ефективність та справедливості, оскільки, з одного боку, залишає за сторонами можливість самостійно розподілити ризики в договорі, що сприятиме ефективному використанню обмежених ресурсів та досягненню загального добробуту.

З іншого боку, зазначені правила перешкоджатимуть свавіллю економічно сильнішої сторони через можливість судового втручання у випадках великої невідповідності між фактичними втратами та розміром відшкодування, встановленого договором, коли суд, як правило, встановлюватиме розмір відшкодування десь посередині між розміром фактичних втрат та розміром, встановленим договором.

Таким чином, вступаючи у договірні відносини, сторони покладають на договір певні «очікування», добровільно зв'язуючи себе зобов'язаннями. Звичайно, що ці «очікування» можуть виражатися в отриманні певного прибутку. Невиконання (неналежне виконання) сторонами (чи однією зі сторін) умов договору матиме наслідком, як мінімум, неотримання очікуваного прибутку. Але вирішальне значення з точки зору еквівалентності дій сторін у договірних відносинах все ж буде мати відсутність збитків. Тобто вигода сторін договору має бути більшою, ніж витрати на виконання зобов'язань. У такому разі можна говорити про виконання договором функції розподілу ризику.

Разом з тим, будучи засобом розподілу ризику, договір одночасно може бути і джерелом ризиків. У договірних відносинах завжди має місце певна невизначеність. Такі відносини ґрунтуються на ризику та випадковості, і жодна сторона не може повністю контролювати ці ризики. Також неможливо цілком інтегрувати ці ризики в договір або ліквідувати їх [14]. Договір має певний життєвий цикл – від ініціювання укладення до виконання. На кожному етапі є одна або більше зацікавлених сторін, які переглядають, затверджують або виконують умови договору. Втім, досить часто поза увагою може залишитись певний ризик, притаманний кожному етапу циклу. Це зумовлено тим, що ризики важко ідентифікувати і ще важче кількісно оцінювати, а найтяжче – усунувати. У зв'язку з цим виділяють чотири джерела договірного ризику: ризик укладення договору, ризик на рівні умов договору, ризик виконання договору та фінансовий ризик [15].

На етапі виникнення договірних відносин ризик може бути зумовлений проблемами стимулювання сторін до укладення договору та інформаційною асиметрією.

Інформаційна асиметрія має місце, коли певні фактори, що стосуються договору, або залишаються поза увагою сторін чи однієї з них (не передбачаються у договорі), або не перевіряються сторонами чи однією із них. Інформаційна асиметрія також може виникати як під час укладення договору, так і під час його виконання. На думку С. Бег, така асиметрія може бути зумовлена недосконалим моніторингом, у тому числі й щодо стимулів протилежної сторони до вступу в договірні відносини, що може обернутися невиконанням чи неналежним виконанням договору через зміну поведінки сторони або неспроможністю сторони осмислити всю відповідну інформацію чи недоступністю тієї чи іншої інформації через її спеціальний режим (державна таємниця, комерційна таємниця, конфіденційна інформація тощо) [16].

На рівні умов договору можна говорити про два види ризику: алеаторний (коли ризик виступає юридичним елементом, умовою договору, без якої, власне, такий договір не може існувати) і неалеаторний (ризик є наслідком вже існуючих договірних відносин). Таким чином, договори за ознакою особливостей змісту зустрічного надання можна поділити на дві групи: 1) мінові або комутативні договори (їх ще називають неалеаторними) – спрямовані на вчинення надання, яке чітко визначене самою підставою; 2) алеаторні договори – зобов'язання з нечітко визначеним зустрічним наданням на момент виникнення зобов'язання.

Правова природа ризикових (алеаторних) договорів як правочинів зі зниженим ступенем ймовірності очікуваного зустрічного виконання зобов'язання зумовлена тим, що існування зустрічного надання або його розмір залежить від ризику – випадкової обставини, включеної до умов договору. Іншими словами, в самому договорі міститься умова, яка унеможливує точне визначення на момент укладення такого

договору вигоди і збитків. А тому, укладаючи алеаторні договори, сторони певною мірою діють на вдачу.

Німецький учений Г. Райнер зазначає, що алеаторний договір укладається якраз заради самої невизначеності, що відрізняє його від мінових правочинів, яким притаманні правила про так званій розподіл ризику неможливості виконання зобов'язання. При цьому, на думку автора, втрата невизначеності в алеаторному правочині означає, що взаємне виконання втрачає сенс щонайменше для однієї зі сторін. Та обставина, що сенс взаємних обіцянок сторін надати виконання повністю нівелюється із втратою невизначеності, надає ризиковому елементу в алеаторних договорах визначального характеру.

Як зазначає І.В. Волосенко, термін «ризикові правочини» охоплює чотири види ризиків: 1) страховий ризик (страхова премія виплачується після настання страхового випадку, тобто ймовірної невизначеної події або невідвортної події з невизначеним моментом її виникнення); 2) алеаторний ігровий ризик (право на виграш зумовлене задоволенням егоїстичних почуттів – азарту тощо і настанням штучно відтвореної випадкової ситуації за умов азарту); кожен з цих ризиків входить до юридичного змісту (структури) відповідного ризикового зобов'язання; 3) алеаторний спекулятивний ризик (право на виграш, зумовлене спекулятивними мотивами за рахунок гри на зміні курсів фінансових активів (акцій тощо) і настанням об'єктивно існуючої випадкової ситуації внаслідок коливання ринкових цін (біржових і позабіржових) на товар); 4) алеаторний неігровий ризик (вчинення рентних платежів протягом життя отримувача ренти; виникнення запланованого науково-технічного результату залежить від випадку – творчої вдачі (шансу) вченого) [17, с. 75].

У зв'язку з цим традиційно ризиковими зобов'язаннями визнаються договори ренти, страхування, довічного утримання, договори гри, парі, лотереї, окремі зобов'язання з розпорядження майновими

правами інтелектуальної власності, біржові угоди тощо. До алеаторних також можна віднести договір на виконання науково-дослідних або дослідно-конструкторських та технологічних робіт, договір підряду на проведення проектних та пошукових робіт.

Наявність у змісті алеаторного договору елемента невизначеності становить інтерес принаймні для однієї сторони, що і спонукає її вступити в такі договірні відносини. І звичайно, особливістю переважної більшості таких договорів є неможливість їх припинення з підстав збитковості. Зокрема, як зазначав О.С. Іоффе, алеаторними зводяться договори, які, будучи оплатними, конструюються так, що обсяг зустрічного задоволення, належного від однієї зі сторін, залишається невідомим доти, доки не настане обставина, що остаточно його визначить [18].

З цього приводу слушною видається думка І.С. Лі, який, здійснюючи дослідження застосування алеаторних механізмів у цивільному праві, зазначає, що в структурі алеаторного механізму наявні два елементи: 1) надання сторонами правового значення ризику (перікулярність); 2) відсутність правового захисту зобов'язання (натуралізація). Отже, резюмує автор, реалізація алеаторного механізму зумовлена наявністю елементів перікулярності і натуралізації в сукупності [19].

Неалеаторні (мінові, комутативні) договори, на відміну від алеаторних, у своєму змісті мають міновий елемент, під яким розуміється обмін реальними виконаннями. Саме цей елемент допомагає відмежовувати міновий (неалеаторний) договір від ризикового (алеаторного) [20, с. 29]. Разом з тим Г. Райнер вказує на дихотомний характер поділу договорів на алеаторні та неалеаторні, зазначаючи, що поняття мінового та алеаторного договору є взаємовиключними. Лише у випадку, коли зміст договору залежить від наявності невизначеності, припустимо називати ризик предметом договору, якщо хочеться вказати на алеаторність такого договору. В протилежному випадку

неможливо буде зрозуміти, породжується ризик самим договором чи зовнішніми обставинами. Адже, як зазначає автор, будь-який договірний ризик, притаманний як алеаторним, так і міновим договорам, є, з одного боку, породженням договору, оскільки впливає із домовленості і реалізується при виконанні зобов'язань, а з іншого – приходить зовні, якщо за волею сторін доля зобов'язань за договором ставиться в залежність від певної зовнішньої події чи обставини [20, с. 31].

Відповідно, на етапі виконання договору можна вести мову про ризик штрафних санкцій, який може спровокувати фінансовий ризик, та ризик розірвання договору.

Штрафні санкції, на думку Даніеля А. Фарбе, є потенційно корисним засобом захисту сторін, які мають незвичайні збитки, що не можуть бути доведені в суді або які не можна легко виявити. Проте, з іншого боку, штрафні санкції можуть спровокувати декілька потенційних зовнішніх ефектів. По-перше, вони можуть стати стимулом для відкриття судових процесів, оскільки позивачі звертатимуться до суду з вимогою про відшкодування штрафних санкцій тому і у такому випадку очікуване отримання буде більшим, ніж це було б, якби були відшкодовані тільки фактичні збитки. По-друге, штрафні санкції можуть збільшити ймовірність невдач у бізнесі, спричинивши ефект «доміно», коли сторона, до якої застосовуються такі санкції, будучи залученою до низки довгострокових ділових відносин з іншими, не зможе належно виконувати свої зобов'язання через необхідність сплати таких штрафних санкцій. Нарешті, по-третє, якщо застосування штрафних санкцій буде поширеним, хвиля невдач у бізнесі, які виникли внаслідок рецесії штрафних санкцій, може мати серйозний вплив на довіру інвесторів, що, у свою чергу, може призвести до відтоку капіталу [21]. А це вже є фінансовими ризиками.

Для мінімізації договірних ризиків вдаються до таких прийомів. По-перше, перевагу віддають письмовій формі дого-

вору з метою належної поінформованості сторін про їх обов'язки задля правильного і належного їх виконання. По-друге, у договорі має бути вказано «призначення» ризику, тобто випадки, коли сторони покладають ризики один на одного і кожна сторона визначає рівень ризику, який вона може нести, зважаючи на низку факторів, у тому числі ймовірність, вплив, ресурси пом'якшення наслідків, необхідність тощо. По-третє, активне використання аудиту: регулярне проведення договірних перевірок може допомогти прискорити виконання внутрішнього та зовнішнього договорів, сприяти зменшенню витрат та збільшенню заощаджень. По-четверте, договірний аудит також може допомогти забезпечити підзвітність сторін та підвищити рівень відповідності договору. По-п'яте, внесення до договору умови про форс-мажор. Це може врятувати сторони від економічного занепаду, а невиконання цього може призвести до непередбачених зобов'язань та порушень обов'язків, які завдадуть значної (а можливо й катастрофічної) шкоди стороні. І хоча зазначені прийоми більшістю сприймаються як рутинні, втім, більш детальний огляд показує, що вони можуть відігравати дуже важливу роль в управлінні ризиками підприємства [22].

Наостанок хотілося б звернути увагу на свободу договору як базову засаду договірних відносин, що відіграє провідну роль при диспозитивному розподілі ризиків. Принцип свободи договору, закріплений ст. 3 ЦК України, є певною мірою проявом диспозитивності у договірних відносинах, що передбачає можливість особи вільно, на власний розсуд здійснювати свої цивільні права. Цей принцип деталізовано у ст. 627 ЦК України, відповідно до якої сторони є вільними в укладенні договору, виборі контрагента та визначенні умов договору. Втім, слушною видається думка, що зміст договірної свободи сторін є значно ширшим і включає також: вільний вияв волі особи на вступ у договірні відносини; свободу вибору сторонами форми договору; право сторін укладати як

договори, передбачені законом (поіменовані), так і договори, які законом не передбачені, але йому не суперечать (не поіменовані); право сторін за своєю угодою змінювати, розривати або продовжувати чинність укладеного ними договору; визначати способи забезпечення договірних зобов'язань; можливість установлювати форми (міри) відповідальності за порушення договірних зобов'язань тощо [23].

На думку О.А. Воловик, для подолання договірних та інформаційних диспропорцій сучасна цивільно-правова доктрина використовує так зване застереження про добросовісність. Вимога дотримуватись правил суб'єктивної добросовісності означає вимогу до більш професійно підготовленої сторони договору враховувати обмежену раціональність, меншу поінформованість іншої сторони договору. Хоча, як зазначає автор, добросовісність є тією вимогою, яка може зіштовхнути правомірні економічні цілі однієї зі сторін договору з іншою, які є часто протилежними [24]. Втім, на думку В.Д. Примака, визнання добросовісності принципом цивільного права вимагає встановлення такого правового порядку, за якого юрисдикційний орган зважатиме на очевидну добросовісність або недобро-

совісність особи щоразу, коли врахування цього чинника з огляду на суть конкретних правовідносин матиме істотне значення для визначення справедливого балансу інтересів їх учасників [25, с. 128].

Таким чином, регулюючи за допомогою договору розподіл ризиків (наприклад, ризик невиконання чи неналежного виконання договору), сторони мають узгоджувати принцип свободи договору з іншими засадами цивільного права.

Отже, договір має певною мірою подвійний характер. З одного боку, договір є інструментом розподілу ризиків, реалізуючи компенсаційну функцію. При цьому, виходячи із позицій економічної ефективності та справедливості, при договірному розподілі ризику домінуючою має бути воля сторін. У разі, якщо розмір відшкодування, встановлений договором, є надмірним, то його зменшення до розумного розміру можливе у судовому порядку за ініціативою сторони, яка має здійснити таке відшкодування. З другого боку, договір сам може стати джерелом ризику. Ризик у такому разі може виявлятися на етапі укладення договору, на рівні умов договору, при виконанні договору чи перетворюватися на фінансовий ризик.

ЛІТЕРАТУРА:

1. Weimer M. The Origins of "Risk" as an Idea and the Future of Risk Regulation. *European Journal of Risk Regulation*. 2017. Vol. 8. Issue 1. P. 10–17.
2. Великанова М.М. Ризики в цивільному праві : монографія. Київ : Алерта, 2019. 378 с.
3. Newstead Ryan. Top 4 contracts risks and how to avoid them. URL: <https://www.openwindows.com.au/resources/top-4-contracts-risks-avoid/> (дата звернення: 29.05.2018).
4. Мельник О. Поняття і значення розподілу ризиків у цивільному праві. *Юридичний вісник*. 2015. №2. С. 267–273.
5. Возняковська К.А. Ризик у господарському договірному праві. *Право та державне управління*. 2015. №2(19). С. 77–81.
6. Shavell Steven. Economic Analysis of Contract Law. National Bureau of Economic Research. Massachusetts Avenue Cambridge. May 2003. URL: <http://www.nber.org/papers/w9696> (дата звернення: 19.11.2018).
7. Архипов Д.А. Распределение договорных рисков в гражданском праве. Экономико-правовое исследование. Москва : Статут, 2012. 112 с.
8. Горячкина Д.А. К вопросу о категории «риск» в теории гражданского права. *Вестник Пермского университета. Юридические науки*. 2011. Вып. 3(13). С. 90–99.
9. Андреева О. Особливості прояву ризику у договірному праві. *Вісник Київського національного університету імені Тараса Шевченка. Юридичні науки*. 2013. № 95. С. 96–99.

10. Fleming John G. The Law of Torts. 9-th edition. Sydney : LBC Information Services, 1998. 807 p.
11. Giuditta Cordero Moss. "International Contracts between Common Law and Civil Law: Is Non-state Law to Be Preferred? The Difficulty of Interpreting Legal Standards Such as Good Faith. Global Jurist. 2007. Vol. 7. Iss. 1 (Advances). Art. 3. URL: http://folk.uio.no/giudittm/Non-state%20Law_Good%20Faith.pdf (дата звернення: 29.03.2018).
12. Hatzis Aristides N. Civil Contract Law and Economic Reasoning An Unlikely Pair? URL: <http://www3.unisi.it/sisle/Hatzis.pdf> (дата звернення: 11.12.2018).
13. Принципи Європейського договірної права. Коментарі та рекомендації» / [пер. з англійської ТОВ «Асоціація експортерів і імпортерів «ЗЕД»]. Київ : Асоціація «ЗЕД», 2013. 304 с. URL: https://zed.ua/images/files/PECL_short.pdf (дата звернення: 04.11.2019).
14. Mühlbacher Axel C., Amelung Volker E., Juhnke Christin. Contract Design: Risk Management and Evaluation. URL: <https://www.ijic.org/articles/10.5334/ijic.3616/> (дата звернення: 29.04.2018).
15. Yoon Hie Jung. 4 Common Sources of Contract Risk and How to Eliminate Them. URL: <https://www.business2community.com/sales-management/4-common-sources-contract-risk-eliminate-01278811> (дата звернення: 29.05.2018).
16. Bag Sugata. Contract law an economic analysis of incomplete contracts and the legal remedies for breach of contract under some specific contracts. Jawaharlal Nehru University. 2009. 193 p. URL: <http://hdl.handle.net/10603/18706> (дата звернення: 17.01.2019).
17. Волосенко І. В. Ризик у цивільному праві (поняття, природа, види): дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03. Київ, 2011. 204 с.
18. Иоффе О.С. Ответственность по советскому гражданскому праву / отв. ред.: А. К. Юрченко Ленинград: Изд-во Ленингр. ун-та, 1955. 310 с.
19. Ли И.С. Применение алеаторных механизмов в гражданском праве : дисс. ... канд. юрид. наук : 12.00.03. Москва, 2015. 200 с.
20. Райнер Г. Деривативы и право / пер. с нем. Ю.М. Алексеева, О.М. Иванова. Москва : Волтерс Клувер, 2005. 496 с.
21. Farbe Daniel A. Contract Law and Modern Economic Theory. Berkeley Law Scholarship Repository.1983. URL: <https://scholarship.law.berkeley.edu/cgi/viewcontent.cgi?referer=https://www.google.com/&httpsredir=1&article=2535&context=facpubs;Contract> (дата звернення: 16.01.2019).
22. York Matthew. Five Ways to Manage Procurement Risk with Contract Management. URL: <http://cporising.com/2016/07/01/five-ways-to-manage-procurement-risk-with-contract-management/> (дата звернення: 12.03.2018).
23. Науково-практичний коментар Цивільного кодексу України : у 2 т. / за ред. О.В. Дзери (кер. авт. кол.), Н.С. Кузнецової, В.В. Луця. 4-те вид., перероб. і допов. Київ : Юрінком Інтер, 2010. Т. II. 1048 с.
24. Воловик О.А. Еволюція мети договірної права крізь призму економічного підходу: (історія та сучасні тенденції). *Вісник Вищої ради юстиції*. 2013. № 2(14). С. 125–138.
25. Примак В.Д. Теоретичні проблеми відшкодування моральної шкоди на засадах справедливості, розумності й добросовісності у цивільному праві України : дис. ... д-ра юрид. наук : 12.00.03. Київ, 2014. 475 с.

СИСТЕМАТИЗАЦІЯ ТА ХАРАКТЕРИСТИКА ДОГОВОРІВ ПІДРЯДУ: ОКРЕМІ ПИТАННЯ ОНОВЛЕННЯ ГЛАВИ 61 ЦИВІЛЬНОГО КОДЕКСУ УКРАЇНИ

Гриняк Андрій Богданович,

доктор юридичних наук, професор,

член-кореспондент Національної академії правових наук України,

т.в.о. директора Київського регіонального центру

Національної академії правових наук України

У статті здійснено систематизацію договорів підряду. Доцільність перегляду усталеної системи підрядних договорів пояснюється інтеграцією ринків України та країн – членів Європейського Союзу у зв'язку із набуттям чинності Угоди про асоціацію України та Європейським Союзом, Європейським Співтовариством з атомної енергії і їхніми державами-членами. Встановлено нагальну потребу в оновленні масиву нормативно-правових актів у сфері законодавства з виконання робіт щодо його застосування в договірній та судовій практиці, зокрема оновлення розуміння договору підряду як юридичного факту, його регулятивного характеру, істотних умов, доцільність класифікації (видів) підрядних договорів у ЦК України, їх систематизації, розмежування станів визнання договору неукладеним та недійсним, належного та реального виконання зобов'язань, недосягнення згоди щодо усіх істотних умов чи їх неоднозначне розуміння сторонами тощо.

Виявлено передумови та окреслено перспективи оновлення глави 61 ЦК України. Наголошено на доцільності систематизації договорів, що опосередковують зобов'язання із виконання робіт, та необхідності логічної послідовності розміщення правових норм, що регулюють підрядні правовідносини, в межах глави 61 ЦК України. Виділено основні різновиди поймаєнованих підрядних договорів: договір підряду; договір побутового підряду; договір будівельного підряду; договір підряду на проектні та пошукові роботи. Зроблено висновок, що в оновленій редакції гл. 61 ЦК України існує об'єктивна потреба у нормативному закріпленні такого механізму цивільно-правової відповідальності сторін у підрядних зобов'язаннях, який, з одного боку, передбачав би засоби впливу на боржника, а з іншого – визначав би оптимальний порядок застосування вказаних правових засобів.

Ключові слова: договірні зобов'язання, договір підряду, договір побутового підряду, договір будівельного підряду, договір підряду на проектні та пошукові роботи, виконання робіт, договірна практика.

Hryniak Andrii. Systematization and characteristics of the contracts for services: individual issues of the amendment of Chapter 61 of the Civil Code of Ukraine

The article systemizes contracts for services under the framework of contractual work commitments. The author emphasizes that today there is an urgent need to update some approaches to the legal regulation of contractual relations due to the integration of markets of Ukraine and EU member states in the context of the entry into force of the Association Agreement between Ukraine and the European Union, the European Atomic Energy Community and their member states. members.

It is stressed the necessity to make major efforts to update an array of statutory acts in the legislation of work performance in terms of its application in the contractual and judicial practice, particularly updating the understanding of the contract for services as a legal fact, its regulatory nature, essential conditions, the feasibility of classification (types) of contracts for services in the Civil Code of Ukraine, their systematization, delimitation of the declaration a contract not concluded and invalid, proper and actual performance of obligations, failure to agree on all essential conditions or their ambiguous understanding by the parties, etc.

The research considers the issue of identifying the preconditions and develop prospects for updating a relevant section of the CC of Ukraine devoted to contracts for services. The author focuses on the expediency to systemize the contracts mediating the obligations to perform work, and the need for a logical sequence of legal rules governing contractual relations within Section 61 of the Civil Code of Ukraine.

The following basic kinds of named contracts for services are specified in the article: contract for services; consumer work agreement; construction contract; contract for design and exploration works.

Consequently, the author concludes the updated version of Section 61 of the CC of Ukraine has an objective need to consolidate such a mechanism of the civil liability of the parties under the contracted obligations which, on the one hand, would provide a means of influencing the debtor and, on the other hand, would determine the optimal procedure for the application of these legal remedies.

Key words: *contractual obligations, contract, domestic contract, construction contract, contract for design and survey work, performance of works, contractual practice.*

Наприкінці ХХ сторіччя у нашому суспільстві відбулася світоглядна переоцінка цінностей суспільного життя. Так, проголосивши себе суверенною і незалежною державою, Україна обрала курс на кардинальне реформування суспільного устрою, побудову громадянського суспільства і ринкової економіки. Саме тому прийняття Цивільного кодексу України знаменувало новий етап розвитку договірної права загалом та зобов'язань з виконання робіт зокрема.

Разом із тим сьогодні назріла нагальна потреба у оновленні окремих підходів до правового регулювання підрядних відносин. З цього приводу одразу ж слід наголосити на логічній послідовності розміщення правових норм, що регулюють підрядні правовідносини, в межах глави 61 ЦК України. Так, у гл. 61 ЦК України спершу викладено норми, що становлять правовий інститут підряду, в який включено загальні положення про підряд та різновиди цього договору.

Із наведеного можемо зробити висновок про доцільність сприйняття системи підрядних договорів як складної внутрішньоорганізованої структури таких договорів у межах договірної типу зобов'язань із виконання робіт на основі їх ієрархічного поділу на види та різновиди, яка відображає їх диференціацію та взаємопов'язаність [1, с. 76]. Водночас самостійність відокремлених від підряду договорів не є абсолютною. Враховуючи те, що в даному випадку йдеться все ж таки про «підрядоподібні» дого-

вори, законодавець у ЦК України норми, які регулюють правовідносини з виконання НДРДКТР (гл. 62), розмістив після положень про договори підрядного типу, оскільки договори на виконання НДРДКТР пов'язує з договорами підряду те, що вони спрямовані на досягнення результату, відокремленого від роботи. Саме для досягнення цього результату сторони укладають договір на виконання НДРДКТР, оскільки замовників цікавить все ж таки результат робіт, нехай навіть негативний, а не роботи як такі [2, с. 365].

Крім того, слід враховувати, що виконання договору на проведення НДРДКТР не може бути здійсненим без науково-технічних передумов, тоді як за договором підряду такі передумови не обов'язкові. Тобто договори підряду відрізняються від договорів на виконання науково-дослідних, дослідно-конструкторських робіт та технологічних робіт, насамперед, за предметом регулювання. У предметі договору підряду відсутня суттєва новизна, в той час як у предметі договору на виконання науково-дослідних, дослідно-конструкторських робіт та технологічних робіт вона може існувати, тобто договір підряду не створює науково-технічних результатів. У підсумку можемо зробити висновок про недоцільність ототожнення договорів на виконання науково-дослідних, дослідно-конструкторських і технологічних робіт із договорами підряду.

Важливим питанням при оновленні договірної законодавства в сфері

виконання робіт є необхідність систематизації договірних моделей, що виступають регуляторами підрядних правовідносин. Необхідною умовою вирішення цього завдання є детальне вивчення та систематизація основних підрядних договорів. Таким чином, до основних договірних конструкцій, якими на сьогодні опосередковуються відносини із виконання робіт, можна віднести: договір підряду, договір побутового підряду, договір будівельного підряду, договір підряду на проведення проектних та пошукових робіт.

Усі вищенаведені договірні конструкції належать до поймаєнованих договорів, основи яких визначені законодавцем у ЦК України та інших нормативно-правових актах. Разом з тим сьогодні у сфері зобов'язань, що опосередковують виконання робіт, застосовується значна кількість договорів, які не знайшли свого законодавчого закріплення у ЦК України чи інших нормативно-правових актах (наприклад, договір на проведення ландшафтних, опоряджувальних робіт, ремонту тощо), що можуть існувати в багатьох формах і класифікуватися за різними загальними ознаками та цілями їх укладення. Єдиною ознакою, що відрізняє цю категорію договорів від інших цивільно-правових договорів, є їх неврегульованість і непередбаченість актами цивільного законодавства [3, с. 360].

В основу поділу підрядних договорів на певні види покладено два критерії – предмет договору та суб'єктний склад учасників договірних відносин. Так, за договором побутового підряду виконується робота, яка призначена для задоволення побутових та інших особистих потреб замовника, що не пов'язані зі здійсненням ним підприємницької діяльності (споживчі відносини). Якщо ж замовник укладає договір з метою подальшого використання результату виконаної роботи з підприємницькою метою – до таких відносин застосовуватимуться загальні положення про підряд. Підрядником у договорі побутового підряду завжди виступає юридична або фізична особа, що здійснює підприєм-

ницьку діяльність, а замовником – тільки фізична особа. Щодо договору будівельного підряду або договору на проведення пошукових, проектних робіт, то замовником у них можуть бути як фізичні, так і юридичні особи [4, с. 238].

Предмет таких договорів становить матеріалізований результат роботи підрядника, що набуває форми, придатної для оцінювання. Предмет підрядних договорів є істотною умовою. З цього приводу відразу ж підкреслимо непослідовність законодавця при визначенні предмета таких договорів, оскільки в одних випадках вказується тільки на роботу як на предмет договору, в інших – і на роботу, і на її результат. Така сама тенденція спостерігається при регулюванні окремих видів договору підряду (ст. 876, 887 ЦК тощо).

У юридичній літературі з цього приводу більшість учених наголошують на доцільності розуміння предмету договору підряду саме як результату виробничої діяльності підрядника [5, с. 88; 6, с. 100]. З боку підрядника виникає зобов'язання виконати роботу та здати її результат замовникові, з боку останнього виникає грошове зобов'язання сплатити обумовлену договором суму.

Разом із тим у діючій редакції ЦК України, як і у редакціях 1922 та 1963 років, немає окремої статті присвяченої предмету договору підряду як це передбачено скажімо для договорів купівлі-продажу (ст. 656), дарування (ст. 718), найму (ст. 760) тощо. Зі змісту закріпленої в ч. 1 ст. 837 ЦК України дефініції договору підряду впливає, що істотною умовою договору підряду є умова про роботу, виконану підрядником для замовника за договором. Така позиція законодавця не випадково піддана критиці [7, с. 180], оскільки у дефініції акцентується увага не на предметі (результат виконаної роботи), а об'єкті (виконувана робота) договору підряду. На підтвердження непослідовності законодавця у формулюванні предмету договору підряду свідчить редакція ст. 855 ЦК України, в якій ідеться про розрахунки між контрагентами у разі випад-

кового знищення предмета договору підряду або неможливості закінчення роботи. Тут законодавець передбачив неможливість стягнення плати за договором із замовника, якщо предмет договору підряду до здачі його замовникові був випадково знищений. З чого можемо зробити висновок, що предметом договору підряду є результат виконаної роботи – річ, яку створив підрядник і якої ще не існує в момент укладення договору.

З цього приводу заслуговують уваги висловлені в юридичній літературі міркування, що в договорах про виконання робіт воля сторін спрямована на отримання певного матеріального результату, який і є їх предметом. Разом з тим цей матеріальний результат не буде об'єктом договору, оскільки він є об'єктом тільки безпосередньо підрядних правовідносин, які разом з іншими правовідносинами (щодо відповідальності сторін тощо) знаходяться в рамках договору [8].

Із вищенаведеного можемо зробити висновок, що об'єктом договору підряду є вчинення позитивних дій підрядником, спрямованих на виконання ним певної роботи, за завданням замовника, тоді як предметом договору підряду слід визнавати такий юридичний наслідок (індивідуалізований результат робіт) як явище навколишнього світу, що виступає як істотна умова договору, права і/або обов'язки щодо якого передаються за договором, на який спрямована узгоджена воля сторін.

Тобто, нагальною на сьогодні є потреба у гармонізації підходів до розуміння предмету договорів підряду, адже законодавець в одних випадках зазначає про роботу як предмет договору, а в інших – про її результат. Водночас предметом цього договору є матеріалізовані результати створення, перетворення, поновлення і навіть ліквідації речей виробничого, споживчого та науково-культурного призначення. Отже, під результатом виконаної підрядником роботи слід розуміти виготовлену, оброблену, перероблену або ж відремонтовану річ.

Конститутивною ознакою договору підряду є його ризиковий характер. Ризики за випадкове знищення результату роботи покладаються на підрядника. Тобто при правовому регулюванні підрядних відносин законодавець чітко визначає питання розподілу ризиків між контрагентами, де підрядник до моменту передачі результату робіт знаходиться у невивідному становищі [9, с. 52]. Наприклад, за змістом ст. 841 ЦК України підрядник несе відповідальність за втрату або пошкодження майна замовника, яка, зазвичай, підпорядкована принципу вини. Для звільнення від відповідальності підряднику необхідно довести свою невинуватість, лише після цього можна говорити про ризик замовника як сторони договору підряду, що надала це майно. Однак у літературі звертається увага на випадки відповідальності без вини, а саме, що за договором побутового підряду підрядник несе відповідальність не лише за винувате, а й за випадкове знищення (пошкодження) майна замовника (відповідальність, що ґрунтується на принципі ризику), відповідно, ризик замовника тут обмежується обставинами непереборної сили, які лише й здатні виключити відповідальність підрядника [10, с. 44].

Вищезазначене опосередковано підтверджує зв'язок ризику випадкової загибелі (пошкодження) результату робіт лише з тими обставинами, які не пов'язані з винними діями сторін договору.

Крім того, в оновленій редакції ЦК України необхідно чітко відмежовувати правові наслідки випадкового знищення результату робіт від випадкового знищення чи пошкодження матеріалів, із використанням яких виконується робота. Вирішення питання відмежування цих правових наслідків можна здійснити, опираючись на відому ще римському праву формулу права власності: ризик випадкової загибелі речі несе її власник.

До матеріалів, устаткування та інших засобів, що використовуються підрядником у роботі, застосовуються правила, які передбачені положеннями про право

власності. Згідно зі ст. 323 ЦК України ризик випадкового знищення та випадкового пошкодження майна несе її власник. Таким чином, якщо матеріали, устаткування та інші засоби, що використовувались у процесі виготовлення речі (об'єкта), знищені, то ризики такого знищення покладаються на ту сторону, яка їх надала, за умови відсутності вини обох сторін. В іншому випадку відповідальність за знищення предмета, матеріалів, устаткування та інших засобів покладається на винну сторону.

Таким чином у оновленій редакції змісту § 1 гл. 61 ЦК України необхідно чітко закріпити положення, що моментом переходу ризику від замовника до підрядника буде момент досягнення результату виконаної роботи. Тоді ризик випадкового пошкодження або випадкової загибелі майна розподілиться так: з моменту надання майна і протягом усього процесу виконання робіт до досягнення результату виконаної роботи ризик лежить на замовнику як на стороні, яка надала матеріали, з моменту досягнення результату виконаної роботи до його прийняття замовником ризик несе підрядник, а потім після приймання результату виконаної роботи ризик знову переходить до замовника.

На нашу думку, систему правових зв'язків у підрядних правовідносинах доцільно розглядати саме з позиції комплексного підходу, якому притаманні такі ознаки як: а) єдина правова мета (виконання робіт та виникнення права власності на їх результат); б) складний зміст таких відносин (наявність усередині підрядних відносин простих, одиничних правових д) структурна єдність окремих елементів підрядного правовідношення та їх підпорядкованість єдиній правовій меті.

Необхідно зазначити, що на практиці поширеними є випадки укладення замовником договорів з генпідрядником на проведення лише визначеної частини робіт, а далі змовник, обов'язково зі згоди генерального підрядника, має право за паралельним договором підряду залучати інших підрядників для виконання спеці-

фічних робіт, які генпідрядник виконати самостійно не спроможний. Тобто система генерального договору може одночасно існувати із системою прямих договорів.

Щодо генерального підряду видається цікавим питання про розподіл винагороди між підрядником та субпідрядником, а саме, хто і в яких розмірах повинен розрахуватись із субпідрядником за досягнення результату виконаної роботи? Законодавчо передбачено, що відповідальність за невиконання або неналежне виконання замовником взятих на себе зобов'язань за договором підряду перед субпідрядником несе генеральний підрядник. Однак не слід виключати й випадки безпосередніх розрахунків замовника із субпідрядником у разі, коли між ними за згодою генерального підрядника укладено договір на виконання окремих робіт, та можливість врегулювання цього питання між замовником та субпідрядником безпосередньо в договорах субпідряду. Однак слід уточнити, що укладення договорів замовником на виконання окремих робіт іншими особами видається можливим, якщо ціна договору, стороною якого є генеральний підрядник, визначена у приблизному кошторисі, оскільки відповідно до ч. 5 ст. 844 ЦК України підрядник не має права вимагати збільшення твердого кошторису, а замовник – його зменшення в разі, якщо на момент укладення договору підряду не можна було передбачити повний обсяг робіт або необхідні для цього витрати.

Окремо в межах загальних положень про підряд варто наголосити, що законодавець в межах ЦК України закріпив і загальне правило, присвячене визначенню ціни (ст. 632 ЦК), і спеціальне, що регламентує ціну саме в договорі підряду (ст. 843 ЦК).

Виходячи зі змісту ч. 1 ст. 843 ЦК України у договорі підряду повинні бути визначені або ціна виконуваної роботи, або ж способи її визначення. За відсутності таких вказівок на визначення ціни звертаємось до ч. 4 ст. 632 ЦК України, відповідно до якої, якщо ціна у договорі не встановлена і не може бути визначена

виходячи з його умов, вона визначається виходячи із звичайних цін, що склалися на аналогічні товари, роботи або послуги на момент укладення договору.

Отже, по-перше, ціна може бути визначена в тексті договору. По-друге, спосіб визначення ціни може вказуватись в самому договорі. І, по-третє, ціна у договорі підяду може бути визначена у кошторисі, який містить постатейний перелік затрат на виконання робіт, є додатком до договору та його невід'ємною частиною.

Отже, ціна договору підяду – це грошова сума, належна підрядникові за виконану роботу, що включає в себе компенсацію витрат підрядника та належну йому винагороду. До витрат підрядника відносяться вартість товарів, робіт та послуг, що надаються підряднику третіми особами, зменшення вартості обладнання у зв'язку з його амортизацією, вартість витраченого матеріалу у разі виконання робіт із матеріалів підрядника тощо.

В ЦК України допускається вираження грошового зобов'язання в іноземній валюті, але його виконання відповідно до чинного законодавства здійснюється у валюті України. Отже, визнання гривні єдиним законним платіжним засобом надає змогу дійти висновку, що замовник вправі виконати взяті на себе зобов'язання з оплати проведених робіт у гривнях незалежно від небажання підрядника прийняти такий платіж [11, с. 104]. Крім того на сьогодні спостерігається скорочення готівкових розрахунків між сторонами підрядних договорів на користь безготівкових, що створює додаткові обов'язки щодо укладення договору банківського рахунку та вкладу.

Статтю 844 ЦК України передбачено, що ціна у договорі може бути визначена у кошторисі, який за певних умов стає частиною договору. До таких умов слід віднести: а) складення кошторису підрядником; б) погодження складеного підрядником кошторису замовником. Тобто, кошторис виступає формою визначення ціни договору підяду. Як видається, саме такий підхід повинен бути збережений

в оновленій редакції гл. 61 ЦК України (шляхом визначення ціни робіт та кошторису в окремих статтях), адже зазначені категорії не є неідентичними. Кошторис – це форма вираження ціни, тобто документ, який містить відомості про неї. Ціна ж може бути зафіксована в договорі без складання кошторису та є грошовою сумою, що належить до виплати підряднику за виконану ним роботу.

Окремо в межах гл. 61 ЦК України підлягає збереженню відображений у ст. 846 ЦК загальний підхід до встановлення строків виконання робіт. Так, законодавець у ст. 846 ЦК України цілком слушно не встановлює вимоги про тривалість зазначених строків, оскільки договором підяду охоплюється досить широке коло людської діяльності, кожен з видів якої має свою тривалість. З цієї причини цілком виправдано видається встановлення строків виконання роботи самими сторонами договору підяду, погоджуючи їх у відповідності зі своїми економічними інтересами та зважаючи на принцип свободи договору. Якщо ж сторони не визначили у договірному порядку строки виконання робіт, то відповідно до ч. 2 ст. 846 ЦК України підрядник зобов'язаний виконати роботу, а замовник має право вимагати її виконання у розумні строки відповідно до суті зобов'язання, характеру та обсягів роботи та звичаїв ділового обороту.

Щодо критики використання у цивільному законодавстві України такої оціночної категорії, як розумний строк [12, с. 106]. варто наголосити на доцільності збереження такого підходу, адже визначити той чи інший строк розумним для конкретних умов підрядних правовідносин в змозі лише судова практика. Вона піде якраз шляхом створення норми права без використання позитивного законодавства. І тут, як слушно відмічає В.А. Белов, вона (судова практика – курсив наш А. Г.) створить таку норму із спірних життєвих відносин [13, с. 141].

Аналізуючи ситуації, коли сторони не виконують належним чином своїх обов'язків доцільно зазначити, що

в сучасних умовах цивільно-правова відповідальність має зберігати своє значення вирішального чинника превентивного правового впливу на поведінку його сторін. Оскільки ж цивільна відповідальність покликана забезпечити дотримання встановленого правопорядку, то справедливим буде твердження про те, що саме у захисті суб'єктивних цивільних прав учасників підрядних відносин і полягає призначення цивільно-правової відповідальності. Ефективність цивільно-правової відповідальності залежить, передусім, від її застосування до конкретних учасників підрядних правовідносин, винних у порушенні умов договору підряду. Керуючись принципом диспозитивності, потерпіла сторона самостійно вирішує, застосовувати чи не застосовувати міри відповідальності до правопорушника. Тобто застосування майнових і немайнових санкцій, у тому числі відповідальності, за чинним законодавством є правом, а не

обов'язком суб'єктів цивільних правовідносин [14, с. 68].

До цивільно-правової відповідальності учасників підрядних правовідносин пропонуємо відносити відповідальність: 1) що виникатиме у разі невиконання або неналежного виконання підрядником чи замовником своїх договірних зобов'язань; 2) яка безпосередньо впливає із нормативно-правових актів, що регулюють підрядні відносини між сторонами (ст. 625 ЦК, гл. 61 ЦК); 3) яка не може по-іншому, ніж це передбачено у нормативно-правових актах, бути визначена у договорі підряду.

Отже, в оновленій редакції гл. 61 ЦК України існує об'єктивна потреба у нормативному закріпленні такого механізму цивільно-правової відповідальності сторін у підрядних зобов'язаннях, який, з одного боку, передбачав би засоби впливу на боржника, а з іншого – визначав би оптимальний порядок застосування вказаних правових засобів.

ЛІТЕРАТУРА:

1. Гриняк А.Б. Теоретичні засади правового регулювання підрядних зобов'язань у цивільному праві України : монографія. Київ : НДІ приватного права і підприємництва НАПрН України, 2013. 119 с.
2. Гражданское право: учебник / Е.Ю. Валявина, Н.П. Василевская, Н.Д. Егоров и др.; под ред. А.П. Сергеева, Ю.К. Толстого. Москва : Проспект, 1997. Ч. 2. 784 с.
3. Цивільне право: підручник: у 2-х т. / В.І. Борисова (кер. авт. кол.), Л.М. Баранова, Т.І. Бегова та ін.; за ред. В.І. Борисової, І.В. Спасибо-Фатєєвої, В.Л. Яроцького. Харків : Право. 2011. Т. 2. 656 с.
4. Цивільне право України. Академічний курс : підручник : у 2-х т. / За ред. Я.М. Шевченко. Т. 2. Особлива частина. Київ : Видавничий Дім «Ін Юре», 2003. 408 с.
5. Коментарій к Гражданскому кодексу РСФСР / Под ред. А. Р. Гойхбарга, И. С. Перетерского. Вып. 4: Обязательственное право. Москва : Петроград, 1924. 904 с.
6. Новітні підходи до розуміння юридичних фактів у механізмі правового регулювання приватних відносин : зб. наук. пр. / за ред. А.Б. Гриняка, О.О. Кота, М.Д. Пленюк. Київ : НДІ приват. права і підприємництва ім. акад. Ф.Г. Бурчака НАПрН України, 2019. 200 с.
7. Цивільне право України: підручник: У 2-х кн. / [О.В. Дзера (кер. авт. кол.), Д.В. Боброва, А.С. Довгерт та ін.]; За ред. : О.В. Дзера, Н.С. Кузнєцова. 2-е вид., допов. і перероб. Кн. 2. Київ : Юрінком Інтер, 2004. 384 с.
8. Обиденнов А.М. Предмет и объект как существенные условия гражданско-правового договора. URL: <http://ex-jure.ru/law/index.php?showcat=jump&f=26&t=%CF%E5%F0%E8%E%E4%E8%EA%E0> (дата звернення 12.02.2020).
9. Договори з виконання робіт в цивільному праві України: проблеми теорії і практики: монографія / За заг. ред. А. Б. Гриняка. К.: НДІ приватного права і підприємництва імені академіка Ф. Г. Бурчака НАПрН України, 2015. 402 с.

10. Ровный В.В. Размышления о праве собственности и рисках гибели (повреждения) имущества в договоре подряда. *Цивилистические записки: межвузовский сб. науч. трудов.* Екатеринбург: Ин-т частного права, 2005. Вып. 4. С. 44.
11. Окремі види договорів у сучасному законодавстві України : колективна монографія / За заг. ред. О. С. Кізлової, О. С. Кужко, Л. В. Діденко. Одеса : Айс-Принт, 2017. 501 с.
12. Пленюк М.Д. Загальна характеристика строків у підрядних договорах. *Приватне право і підприємництво.* Вип. 9, 2010 р. / Редкол.: Крупчан О.Д. (гол. ред.) та ін. Київ : НДІ приватного права і підприємництва АПрН України, 2010. 214 с.
13. Гражданское право: актуальные проблемы теории и практики / Под общ. ред. В.А. Белова. Москва : Юрайт-Издат, 2007. 993 с.
14. Луць В.В. Контракти у підприємницькій діяльності: навчальний посібник. Київ : Юрінком Інтер, 1999. 576 с.

ІНСТИТУТ ВІДСТУПЛЕННЯ ПРАВА ВИМОГИ (ЦЕСІЇ) У СФЕРІ ДОГОВІРНОГО РЕГУЛЮВАННЯ ПРИВАТНОПРАВОВИХ ВІДНОСИН В УКРАЇНІ

Кот Олексій Олександрович,

доктор юридичних наук, професор,

член-кореспондент Національної академії правових наук України,

Заслужений юрист України,

в.о. головного наукового співробітника відділу

дослідження проблем взаємодії держави та громадянського суспільства

Київського регіонального центру Національної академії правових наук України

Актуальність дослідження інституту відступлення права вимоги (цесії) у сфері договірної регулювання приватноправових відносин обумовлена тим, що перехід прав кредитора до третіх осіб у цивільному праві являє собою складне правове явище, сутність якого полягає в повній чи частковій заміні кредитора в зобов'язанні третіми особами – правонаступниками кредитора, особами, до яких перейшли права кредитора, особами, які набули на платній чи безоплатній основі права кредитора за правочином та ін.

У статті досліджується інститут відступлення права вимоги (цесії) у сфері договірної регулювання приватноправових відносин в Україні. Зазначено, що інститут відступлення права вимоги (цесії) у сучасному його розумінні зародився в імператорський період Давнього Риму. Римське приватне право розглядало відступлення права вимоги (цесію) як договірну передачу прав вимоги кредитора.

*Доведено, що правові позиції стосовно правової природи відступлення права вимоги можна поділити на три основні групи. До першої необхідно віднести позиції авторів, що розглядають відступлення права вимоги як спеціальний самостійний правочин, договір *suigeneris* (Н. І. Коваленко). Друга група авторів розглядає відступлення права вимоги як акт передачі права, заснований, як правило, на договорі (Д.І. Мейєр, Г.Ф. Шершеневич, М.М. Агарков та ін.). І, нарешті, третя група вчених розглядає відступлення права вимоги як правовий результат правочину (договору) про передачу прав (Б. Б. Черепакін, М. І. Брагінський, І. В. Спасибо-Фатєєва).*

Аргументовано, що відступлення права вимоги (цесія) за своєю природою є безпосереднім правовим результатом правочину про передачу вимоги. Норми про відступлення права вимоги мають пріоритет перед нормами про договір, на підставі якого передаються права (норми про купівлю-продаж, дарування та ін.).

Обґрунтовано висновок про можливість використання відступлення права вимоги як способу забезпечення виконання зобов'язання при дотриманні наступних умов: по перше, таке відступлення права повинне носити акцесорний щодо основного зобов'язання характер; по друге, відступлення права вимоги має стимулювати боржника (цедента) до належного виконання основного зобов'язання; по-третє, відступлене право вимоги повинне становити цінність для кредитора.

Ключові слова: приватноправові відносини, відступлення права вимоги, цесія, правочин, кредитор, договір.

Kot Oleksii. The institute of assignment of the right of demand (cession) in the contractual regulation of private law relations in Ukraine

The relevance of the study of the institution of assignment of the right of demand (cession) in the contractual regulation of private law relations is determined by the fact that the transfer of the creditor's rights to the third parties in civil law is a complex legal phenomenon, the essence of which is the full or partial change of one creditor in the obligation for another by third parties – the creditor's successors, persons who are granted the creditor's rights, persons who have acquired the creditor's right under the deal on a fee or free basis, etc.

The article examines the institution of assignment of the right of demand (cession) in the contractual regulation of private law relations in Ukraine. It is noted that the institution of assignment of the right of demand (cession) in its modern sense originated in the imperial period of ancient Rome. Roman private law considered the assignment of the right of demand (cession) as a contractual transfer the creditor's right of claim.

It is proved the legal positions towards a legal nature of assignment of the right of demand can be divided into three basic groups. The first should involve the standpoints of the authors who consider assignment of the right of demand as a special independent deal, sui generis (N. I. Kovalenko). The second group of the authors treats assignment of the right of demand as a deed of assignment based, as a rule, on an agreement (D.I. Meijer, H.F. Shershenevych, M.M. Aharkov et al.). Thus, the third group regards assignment of the right of demand as a legal outcome of a deal (an agreement) on the cession of rights (B. B. Cherepakhin, M. I. Brahinskyi, I. B. Spasybo-Fatieieva).

It is substantiated the assignment of the right of demand (cession) is a direct legal result of a deal on the transfer of demand. Norms on assignment of the right of demand have priority over norms on the contract on the basis of which the rights are transferred (norms on purchase and sale, gift, etc.).

Consequently, the author concludes on the possibility of using the assignment of the right of demand as a way to ensure the fulfillment of the obligation under the observance of the following conditions: first, such assignment of the right shall be accessory regarding the main obligation; secondly, the assignment of the right of demand should stimulate a debtor (assignor) to perform the main obligation properly; third, the assigned right of demand shall be of value to the creditor.

Key words: private law relations, assignment of right of demand, cession, legal transaction, creditor, contract.

Постановка проблеми. Сучасне регулювання відносин, пов'язаних з оборотом прав вимоги, лише незначною мірою задовольняє потреби цивільного обороту. Істотне зростання обороту прав вимоги в сучасній Україні, розвиток ринку факторингу зумовилує, необхідність детального дослідження проблем, пов'язаних з переходом прав кредитора до третіх осіб. Перехід прав кредитора до третіх осіб у цивільному праві являє собою складне правове явище, сутність якого полягає в повній чи частковій заміні кредитора в зобов'язанні третіми особами – правонаступниками кредитора, особами, до яких перейшли права кредитора, особами, які набули на платній чи безоплатній основі права кредитора за правочином та ін. В умовах проведення рекодифікації цивільного законодавства актуальність дослідження правової природи права вимоги (цесії) зростає, враховуючи необхідність проведення розмежування договорів про відступлення права вимоги та договору факторингу.

Аналіз останніх досліджень і публікацій свідчить, що дослідження інституту відступлення права вимоги (цесії) у сфері приватноправових відносин має

дискусійний характер. До тепер розробка цієї наукової проблеми є недостатньою, що й обумовлює необхідність подальших наукових досліджень у цьому напрямку. Науково-методологічною основою цього дослідження стали праці таких вчених як: М.І. Брагінський, В.В. Вітрянський, О.О. Красавчиков, Н.С. Кузнєцова, В.В. Луць, Д.І. Мейєр, Б.Б. Черепакін, Г.Ф. Шершеневич та ін.

Метою цієї статті є визначення особливостей розвитку інституту відступлення права вимоги (цесії) у сфері договірної регулювання приватноправових відносин в Україні.

Виклад основного матеріалу. Інститут відступлення права вимоги (цесії) у сучасному його розумінні зародився в імператорський період Давнього Риму [1, с. 199]. Римське приватне право розглядало відступлення права вимоги (цесію) як договірну передачу прав вимоги кредитора.

Сучасне українське цивільне право зберегло римський підхід до визначення відступлення права вимоги. Зокрема, Цивільний кодекс України (надалі – ЦК) у ст. 512 закріплює положення про те, що однією з підстав заміни кредитора

у зобов'язанні є передання кредитором своїх прав іншій особі за правочином (відступлення права вимоги).

Отже, питання про допустимість цесії було врегульоване законодавцем. Однак з появою в законодавстві загальних норм про відступлення права вимоги перед цивілістами виникла, на наш погляд, більш вагома й значна проблема, а саме з'ясування правової природи цесії. Наслідки відповіді на питання про суть відступлення права вимоги не можуть бути віднесені до винятково теоретичних. Як свідчить практика, регулювання інституту відступлення права вимоги значною мірою залежить від визначення його правової природи, іншими словами, від відповіді на питання «що є цесія?».

Розглянемо основні позиції цього питання, які існували в цивілістиці в різні періоди.

Заслуговує на увагу висловлена в дореволюційній цивілістичній літературі думка Г.Ф. Шершеневича про те, що у випадку заміни активного суб'єкта зобов'язання, заснованого на юридичному правочині, таким правочином, що має своїм результатом передачу права, може виступати договір чи заповіт. Особливо підкреслюється, що акт передачі права, іменованій цесією, відмінний від правочину, що служить йому підставою. Власне кажучи, ці акти відрізняються як передача матеріальних речей і договір [2, с. 287–288], який лежить у її основі.

Трохи іншу модель відступлення прав пропонував Д.І. Мейєр. Оскільки, як правило, відступлення права вимоги вбачається оплатним, а право за зобов'язанням «скільки-небудь значним» звичайно втілюється в письмовому акті, який з переходом права також переходить до правонабувача, то правочин про відступлення права за зобов'язанням легко звести до купівлі-продажу зазначеного акта, а правочин про право представляти начебто правочином про акт. При цьому Д.І. Мейєр вказував, що купівля-продаж є правочином про перехід права власності на річ, у той час як при відступленні права вимоги за зобов'язанням хоча й переходить право власності по акту, але це право тут щось

другорядне чи навіть третьорядне, так що не у прямо, а тільки в переносному значенні говориться про купівлю й продаж права, у юридичному ж значенні можна говорити тільки про передачу, відступлення права. Саме цим, на думку Д.І. Мейєра, зумовлений той факт, що положення законодавства про купівлю-продаж не застосовуються безумовно до відступлення права за зобов'язанням, оскільки ці положення регулюють перехід права власності, а не перехід права на чужу дію [3, с. 116]. Така модель, на нашу думку, застосовувалася автором і до безоплатної відступлення права із зобов'язання.

І.Н. Трепїцин відзначав, що «купівля-продаж є однією з основ відступлення вимог, але не єдиною, ... відступлення вимог є інститут самостійний, а тому для неї потрібно зовсім особливе й самостійне місце» [1, с. 202].

К.П. Побєдоносцев щодо підстави передачі прав вказував, що такою звичайно служить раніше укладений договір (не слід плутати з попереднім договором), що має на меті обмін цінностей. На думку автора, передача прав може здійснюватися за гроші (тобто продається право вимоги за зобов'язанням), на доказ боргу, для зрівняння цінностей при розділі спадщини та ін. Передача може бути здійснена і з метою дарування [4, с. 226].

Тепер звернемося до поглядів на правову природу відступлення права вимоги, що існували у цивілістиці радянського періоду.

М.М. Агарков розглядав відступлення права вимоги як самостійний договір, що відрізняється від договору, за яким одна особа зобов'язується передати іншій право вимоги до третьої особи (купівля-продаж чи дарування вимоги). На думку цивіліста, купівля-продаж вимоги зобов'язує продавця здійснити відступлення права вимоги (так само, як і договір постачання зобов'язує продавця здійснити передачу (традицію) товару покупцю; іншими словами, цесія тут має те ж значення, що й передача у випадку постачання товарів) [5, с. 316].

Подібної позиції дотримувався й І.Б. Новицький, який обґрунтовано стверджував, що односторонньої заяви кредитора про те, що він відступає право вимоги, недостатньо – потрібно прийняття цієї вимоги новим кредитором, з чого випливає, що відступлення права вимоги здійснюється за правочином сторін, а саме за договором [6, с. 223].

Найбільш чітко свою позицію висловив Б.Б. Черепакін. Автор, розглядаючи відступлення права вимоги через призму сингулярного правонаступництва в зобов'язальних правах кредитора, відзначав, зокрема, що основним юридичним фактом відступлення права вимоги (цесії) є договір між цедентом і набувачем вимоги про відступлення останньому певної вимоги. Такий договір може бути як оплатним (тоді йдеться про продаж боргової вимоги), так і безоплатним (дарування боргової вимоги) [7, с. 68].

Вбачається переконливою позиція О.О. Красавчикова, який розглядав відступлення права вимоги як юридичний факт (склад), в силу якого відбувається зміна уповноваженої особи (кредитора) у зобов'язанні. Як вказував автор, юридично-фактичною підставою заміни особи в зобов'язанні є правочин між колишнім кредитором і особою, що займає його місце в зобов'язанні. До неї застосовуються усі вимоги, установлені законом про правочини й договори, а також низка спеціальних норм, що регулюють відступлення права вимоги [8, с. 377].

Необхідно звернути особливу увагу на позицію Н.І. Коваленко. Автор розглядає відступлення права вимоги як спеціальний правочин (договір), за яким первісний кредитор передає своє право вимоги третій особі. При цьому відзначимо, що автор ніяк не розмежовує ці спеціальні правочини, у тому числі й за критерієм оплатності [9, с. 450–451].

У сучасній доктрині приватного права існують такі погляди на проблему правової природи відступлення права вимоги.

М.І. Брагінський вказував, що підставою переходу прав кредитора за пра-

вочином є не цесія як особливий правочин, а правочин, що лежить в основі цесії [10, с. 465].

Деякі роздуми щодо природи цесії були висловлені В.А. Беловим, який пропонує під відступленням права вимоги розуміти не найменування правочину, а його мету, що лежить в основі такої передачі вимоги [11, с. 139–140].

Варта уваги позиція І.В. Спасибо-Фатєєвої. Автор, розвиваючи позицію М.І. Брагінського, вказує, що цесією необхідно визнати сам факт заміни особи в зобов'язанні, юридично-правову конструкцію, що складається в силу укладення відповідного правочину купівлі-продажу, міни чи дарування прав, що впливають із зобов'язання [12, с. 14].

Наведені правові позиції з певним ступенем умовності можна поділити на три основні групи. До першої необхідно віднести позиції авторів, що розглядають відступлення права вимоги як спеціальний самостійний правочин, договір *sui generis* (Н.І. Коваленко). Друга група авторів розглядає відступлення права вимоги як акт передачі права, заснований, як правило, на договорі (Д.І. Мейєр, Г.Ф. Шершеневич, М.М. Агарков та ін.). І, нарешті, третя група вчених розглядає відступлення права вимоги як правовий результат правочину (договору) про передачу прав (Б. Б. Черепакін, М. І. Брагінський, І. В. Спасибо-Фатєєва).

Після прийняття ЦК 2003 р. в сучасній правовій науці висловлюються думки про те, що «в системі договорів цесію недоцільно виокремлювати як самостійний договір. Підставою переходу прав кредитора за правочином є не цесія як спеціальний правочин, а правочин, що лежить в її основі (наприклад, договір купівлі-продажу, дарування права вимоги, факторингу тощо). У той же час відступлення права вимоги (цесія) є результатом заснованої на правочині передачі прав кредитора» [13, с. 31].

С. Шимон зазначає, що «правочин про цесію є виключно розпорядчим правочином про «передання» права» [14, с. 6].

На думку С. І. Шимон, правочин про цесію являє собою правочин з відчуження майнового права вимоги, яке є оборотоздатним, не пов'язане нерозривно з особою кредитора і щодо якого законом чи договором не встановлено заборони відчуження. Такий правочин визнається в літературі розпорядчим, спрямованим на передання права від правоволодільця (первісного кредитора, цедента) до набувача права (нового кредитора, цесіонарія) [15, с. 476-477].

В.І. Пушай вказує, що функціонально цесія забезпечує юридичну можливість заміни учасників зобов'язального правовідношення при дотриманні незмінності його предмета та змісту [16, с. 107]. Практична цінність цесії розкривається у її правових можливостях договірної передачі зобов'язальних вимог первісного кредитора новому кредитору [17, с. 724]. Це, своєю чергою, свідчить, що дискусії стосовно сутності цесії у сфері договірної регулювання приватноправових відносин тривають.

Водночас, на наш погляд, висновок про те, що відступлення права вимоги являє собою самостійний спеціальний договір, багато в чому ґрунтується на особливостях правового регулювання відносин, пов'язаних з відступлення права вимоги, у радянський період. Справа в тому, що цивільне право цього періоду не розглядало право вимоги як самостійний об'єкт, який міг би переходити від однієї особи до іншої в рамках існуючих договорів про передачу майна. Однак умови економічного розвитку вже в той період вимагали створення можливості для обороту зобов'язальних прав. У такій ситуації доктрина створила так званий «договір цесії» як самостійний договір зі спеціальним об'єктом – зобов'язальним правом вимоги. Доцільність такої позиції була поставлена під сумнів М.І. Брагінським, який переконливо обґрунтував неможливість застосування цієї конструкції в сучасному цивільному праві.

Вочевидь, більш обґрунтованими є позиції авторів, які розглядають відступлення права вимоги як акт передачі права, заснований, як правило, на договорі,

і як правовий результат правочину (договору) про передачу прав.

Як свідчить наведений ретроспективний аналіз, у дореволюційній цивілістиці переважав погляд на цесію як на акт передачі права, заснований на договорі про його передачу. Природно, що за таких умов не було передумов для створення конструкції цесії як самостійного правочину. Загалом вона зводилася до наступного: первісний кредитор укладає договір (купівлі-продажу, дарування тощо) про передачу вимоги новому кредитору, потім відбувається акт передачі вимоги (цесія).

Таким чином, перехід прав кредитора за правочином відбувався на підставі юридичного складу, одним з елементів якого була цесія. Як зазначав Г.Ф. Шершеневич, найчастіше обидва елементи цього юридичного складу з'єднувалися в єдине ціле, іншими словами, договір про передачу вимоги містив у собі, як правило, і акт передачі. Безумовно, така конструкція цесії з позиції сучасного цивільного права вбачається більш прийнятною, ніж конструкція цесії як самостійного договору.

Сутність теорії цесії як правового результату полягає в тому, що цесія ґрунтується на юридичному складі, основним елементом якого виступає договір / правочин про передачу вимоги. Інші елементи цього юридичного складу – умови цесії, закріплені в законодавстві. При цьому під умовами цесії необхідно розуміти додаткові вимоги, пропоновані законодавцем до переданої вимоги й до правочину, на підставі якої ця вимога передається. Де-факто, умови правочину про передачу вимоги охоплюють і умови її передачі.

Крім того, з позицій сучасного законодавства вбачається недоцільною як-небудь спроба пов'язати перехід вимоги саме з актом його передачі, а не з правочином, що лежить в основі переходу права вимоги.

Норми ЦК про відступлення вимоги органічно включили в себе багатовіковий досвід розвитку цього інституту зобов'язального права. Сучасне законодавче регулювання, закріплення можливості обороту майнових

прав усунуло необхідність конструювання цесії як самостійного договору. Водночас, наявність загальних правил про відступлення права вимоги і їхній зміст дозволяє поставити під сумнів доцільність сприйняття цесії як акта передачі вимоги. Норми ЦК про відступлення права вимоги являють собою не що інше, як додаткові вимоги до правочину, за яким первісний кредитор відступає зобов'язальне право вимоги новому кредитору.

З огляду на викладене обґрунтованим вбачається висновок про те, що відступлення права вимоги (цесія) за своєю природою є безпосереднім правовим результатом правочину про передачу вимоги, що відповідає положенням закону. При цьому закріплені в чинному законодавстві норми про відступлення права вимоги мають пріоритет перед нормами про договір, на підставі якого передаються права (норми про купівлю-продаж, дарування та ін.).

Механізми відступлення права вимоги (цесії)

Під механізмами відступлення прав вимоги варто розуміти цивільно-правові конструкції, у межах яких первісний кредитор (цедент) відступає вимогу новому кредитору (цесіонарію). Відзначимо також, що такі цивільно-правові конструкції можна розглядати одночасно і як підстави відступлення прав вимоги, оскільки передача прав кредитора ґрунтується саме на цих конструкціях.

Як відзначав Д.І. Мейєр, придбання права по відчуженню вбачається оплатним чи безоплатним, залежно від того, чи надає особа за придбання права еквівалент іншій особі, чи право набувається без еквівалента [3, с. 240].

Наведене беззаперечне твердження відомого дореволюційного цивіліста одержало розвиток і в сучасній науці. Так, зокрема, у юридичній літературі існує думка, що оплатне відступлення права вимоги може розглядатися як різновид договору купівлі-продажу, а безоплатне – як дарування [18, с. 522].

На наш погляд, таке твердження вимагає певного уточнення. Справа в тому,

що в ЦК закріплена норма, відповідно до якої предметом купівлі-продажу може виступати право вимоги, якщо вимога не має особистого характеру. До договору купівлі-продажу права вимоги застосовуються положення про відступлення права вимоги, якщо інше не встановлено договором або законом (ч. 3 ст. 656 ЦК). При цьому предметом договору купівлі-продажу можуть бути майнові права. До договору купівлі-продажу майнових прав застосовуються загальні положення про купівлю-продаж, якщо інше не впливає із змісту або характеру цих прав. (ч. 2 ст. 656 ЦК). На перший погляд, вбачається очевидною колізія між двома правовими нормами. Однак, як справедливо вказує В.В. Вітрянський, будь-яке оплатне відступлення майнових прав (цесія) є продажем цих прав, а правила, що регулюють перехід прав кредитора, і, зокрема, відступлення прав вимоги, відображають зміст і характер відповідних майнових прав, а тому підлягають пріоритетному (стосовно загальних положень про купівлю-продаж товарів) застосуванню [19, с. 17].

Подібну позицію підтримував і Д.І. Мейєр, обґрунтовуючи неможливість безумовного застосування норм про купівлю-продаж до відступлення права за зобов'язанням тією обставиною, що норми про купівлю-продаж мають на увазі перехід права власності, а не права на чужу дію [3, с. 116].

Таким чином, викладене дозволяє зробити висновок про наступну ієрархію цивільно-правових норм, застосовуваних до оплатного відступлення права вимоги: у повному обсязі застосовуються норми ЦК про відступлення права вимоги й лише субсидіарно – норми про купівлю-продаж. Якщо ж перераховані вище норми не дозволяють повністю врегулювати відносини по передачу вимоги, застосовуються загальні положення про договір, загальні положення про зобов'язання і так далі аж до загальних принципів і змісту цивільного законодавства.

Варто також проаналізувати безоплатне відступлення права вимоги за моделлю

договору дарування. Слід зазначити, що норма про предмет договору дарування (ч. 2 ст. 718 ЦК) містить пряму вказівку на те, що дарунком можуть бути майнові права, якими дарувальник володіє або які можуть виникнути у нього у майбутньому.

В цій ситуації виникає необхідність визначити, чи підлягають пріоритетному застосуванню до дарування прав норми про відступлення права вимоги.

У літературі відзначається, що стосовно договору дарування відступлення права вимоги являє собою юридико-технічний засіб, за допомогою якого дарувальник виконує дії, що складають предмет договору дарування [19, с. 342], тобто в нашому випадку безоплатно передає майнові права.

Необхідно відзначити, що чинному ЦК (на відміну від ЦК 1963 р.) закріплена можливість укладення не тільки реального договору дарування, але і консенсуального договору дарування (коли дарувальник зобов'язується передати дарунок у майбутньому).

На нашу думку, договір дарування прав вимоги може мати як реальний характер, так і консенсуальний. Момент переходу права вимоги від цедента до цесіонарія в цьому випадку буде визначатися в договорі дарування. На наш погляд, у законі не міститься ніяких перешкод для переходу прав за договором дарування як у момент укладення договору, так і в будь-який інший момент, про який домовилися сторони.

Норми ЦК про дарування містять деякі додаткові обмеження безоплатного відступлення права вимоги. Слід звернути увагу передусім на ч. 3 ст. 720 ЦК, згідно із якою підприємницькі товариства можуть укласти договір дарування між собою, якщо право здійснювати дарування прямо встановлено установчим документом дарувальника. Це положення не поширюється на право юридичної особи укласти договір пожертви.

Отже, згідно з положеннями ЦК норми про дарування застосовуються до безоплатного відступлення права вимоги, якщо інше не передбачено загальними правилами про

відступлення права вимоги. Отже, до безоплатного відступлення права вимоги (дарування вимоги) норми ЦК про дарування застосовуються лише субсидіарно.

Особливу увагу заслуговують положення ЦК про договір факторингу, у якому права вимоги складають спеціальний предмет.

Насамперед звернемося до легального визначення договору факторингу (ч. 1 ст. 1077 ЦК), за яким одна сторона (фактор) передає або зобов'язується передати грошові кошти в розпорядження другої сторони (клієнта) за плату (у будь-який передбачений договором спосіб), а клієнт відступає або зобов'язується відступити факторові своє право грошової вимоги до третьої особи (боржника).

На формування інституту факторингу в національній правовій системі значно вплинула існуюча міжнародна практика і, як результат її узагальнення, Конвенція УНІДРУА по міжнародних факторних операціях (Оттава, 1988 р.).

Щодо історії розвитку договору факторингу слід зазначити, що в літературі переважає точка зору про те, що історичні корені цього інституту заглиблюються у далеке минуле. Так, наприклад, О.С. Комаров стверджує, що ще в Месопотамії в третьому тисячолітті до нашої ери можна було зустріти відносини між діловими людьми, що полягають в одному із сучасних видів фінансування, яке в сучасному цивільному праві отримало назву факторинг [20, с. 305]. Виникнення факторингу в сучасному вигляді відносять до XVIII століття і пов'язують з торговою практикою Англії з її американськими колоніями [21, с. 355–366]. Трохи іншої думки дотримується Л.О. Новосьолова, яка відносить виникнення факторингу до XII–XVI століть [22].

Розглянемо основні елементи договору факторингу, до яких необхідно віднести предмет договору, його суб'єктів, зміст договору, основні обов'язки сторін, відповідальність за порушення договору.

Матеріальний предмет договору факторингу складають грошові вимоги клієнта

до третьої особи, що впливають з надання товарів, виконання ним робіт чи надання послуг третій особі. При цьому законодавець особливо підкреслює, що грошові вимоги можуть бути як існуючими, тобто такими, за якими вже наступив термін платежу, так і майбутніми, тобто такими, термін платежу за якими наступить у майбутньому.

Юридичним предметом договору факторингу виступають дії сторін – надання фінансування під відступлення права грошової вимоги. В.В. Луць справедливо відзначає, що факторинг є універсальною системою фінансового обслуговування клієнтів [23, с. 241]. За договором факторингу фактор не тільки надає фінансування, але й пов'язані з цим різноманітні фінансові послуги, насамперед по веденню бухгалтерського обліку й пред'явленню до оплати рахунків по грошових вимогах, що надходять [24, с. 231]. При цьому підкреслимо, що звичайно договір факторингу є триваючим договором, свого роду факторинговим обслуговуванням, оскільки при однократності такого фінансування істотно знижується позитивний ефект у результаті використання конструкції факторингу.

ЦК містить низку правових норм, що виділяють договір факторингу серед інших договорів про відступлення права вимоги. Як уже зазначалося, клієнту прямо надана можливість відступити фактору майбутню вимогу (ст. 1078 ЦК), що, на нашу думку, пов'язано з вимогами сучасного комерційного обороту. Клієнт також наділений правом відступити вимогу й у тих випадках, коли відступлення права вимоги заборонено чи обмежено умовами договору між клієнтом і третіми особами (ст. 1080 ЦК). Водночас з метою захисту інтересів третіх осіб, що порушуються таким відступленням, клієнт несе відповідальність перед боржником за порушення договірної умови, тобто має відшкодувати пов'язані з цим збитки.

Крім того, законодавець установив як загальне правило неприпустимість наступного відступлення права грошової вимоги, придбаної на підставі договору факто-

рингу. Однак з огляду на диспозитивний характер цього правила сторони можуть виключити його дію, передбачивши можливість відступлення права вимоги в договорі факторингу (ст. 1083 ЦК).

Відзначимо також, що ЦК встановлює й деякі інші особливості договору факторингу. Зокрема, клієнт (як і цедент) відповідає перед фактором лише за дійсність вимоги, що відступається. Однак ст. 1081 ЦК пов'язує дійсність вимоги з наявністю двох обставин: по перше, клієнт повинен мати право на передачу грошової вимоги, а по друге, клієнту в момент відступлення не відомі обставини, внаслідок яких боржник вправі не виконувати цю вимогу. Таким чином, на фактора покладено додатковий ризик. При цьому відзначимо, що договором можуть бути передбачені й інші умови відповідальності клієнта.

На особливу увагу заслуговує положення абз. 2 ч. 1 ст. 1077 ЦК про те, що грошова вимога до боржника може бути відступлена клієнтом фактору також з метою забезпечення виконання зобов'язання клієнта перед фактором. Вочевидь, ця норма стала логічним продовженням положень ЦК про забезпечення виконання зобов'язань, відповідно до яких законодавець фактично відмовився від використання вичерпного переліку забезпечувальних зобов'язань.

Як було зазначено, відступлення права вимоги з метою забезпечення виконання зобов'язання в англо-американській правовій системі розглядається як фідуціарна цесія (від лат. *Fides* – довіра, віра).

У в цьому випадку, можна вести мову щодо договору про відступлення права вимоги, який укладено під умовою. Як відомо, умова може бути або відкладальною (сторони поставили виникнення прав і обов'язків у залежність від обставини, про яку невідомо, наступить вона чи не наступить), або скасувальною (сторони поставили припинення прав і обов'язків у залежність від обставини, щодо якої невідомо, наступить вона чи не наступить). З огляду на практичну неможливість навіть для боржника визначити, чи зможе він

виконати зобов'язання у встановлений договором термін, у такій ситуації подібні умови можна розглядати як такі умови, про які не відомо, чи наступлять вони в майбутньому чи ні. Такого роду умови варто розглядати як мотив правочину [25, с. 338], що буде стимулювати боржника до належного виконання зобов'язання. Відзначимо також, що істотне значення має визначення співвідношення фідучіарної цесії з нормами ЦК про заставу прав.

Висновки. Таким чином, підсумовуючи розгляд питання про правову природу цесії, можна зазначити, що відступлення права вимоги (цесія) за своєю природою є безпосереднім правовим результатом правочину про передачу вимоги. Норми про відступлення права вимоги мають пріоритет перед нормами про договір, на підставі якого передаються права (норми про купівлю-продаж, дарування та ін.).

З огляду на допустимість використання різних способів забезпечення виконання зобов'язань, у тому числі й не названих як такі у главі ЦК про забезпечення виконання зобов'язань, законодавець надав учасникам цивільного обороту право

самостійно обирати спосіб забезпечення виконання зобов'язання. Іншими словами, сторони договору мають право вибрати як заставу прав, так і фідучіарну цесію.

Відзначимо, що законом пред'являється цілий ряд вимог до застави прав, крім того процес реалізації заставлених прав також являє собою досить складну багаторівневу процедуру. Однак і «міцність» цього способу забезпечення значно вища, ніж забезпечувальна сила фідучіарної цесії, що компенсується простішим способом її реалізації – право вимоги просто переходить до кредитора-цесіонарія (чи залишається в нього).

З огляду на викладене, обґрунтованим вбачається висновок про можливість використання відступлення права вимоги як способу забезпечення виконання зобов'язання при дотриманні наступних умов: по перше, таке відступлення права повинне носити акцесорний щодо основного зобов'язання характер; по друге, відступлення права вимоги має стимулювати боржника (цедента) до належного виконання основного зобов'язання; по-третє, відступлене право вимоги повинне становити цінність для кредитора.

ЛІТЕРАТУРА:

1. Трепицын И.Н. Гражданское право губерний Царства Польского и русское в связи с проектом гражданского уложения: Общая часть обязательственного права. Варшава, 1914. 359 с.
2. Шершеневич Г.Ф. Учебник русского гражданского права. Москва: СПАРК, 1995. 556 с.
3. Мейер Д.И. Русское гражданское право: в 2 ч. Москва : Статут, 1997. Ч. 2. 290 с.
4. Победоносцев К.П. Курс гражданского права: Ч. 3.: Договоры и обязательства. Санкт-Петербург, 1880. 622 с.
5. Гражданское и торговое право капиталистических стран. / кол. авт. Москва: Гос. изд. юрид. лит., 1949. 192 с.
6. Новицкий И.Б., Лунц Л.А. Общее учение об обязательстве. Москва: Гос. изд. юрид. лит., 1950. 416 с.
7. Черепяхин Б.Б. Правопреемство по советскому гражданскому праву. Москва : Госюриздат, 1962. 162 с.
8. Советское гражданское право. Под ред. проф О.А. Красавчикова. Т. 1. Москва : Высшая школа, 1972. 544 с.
9. Советское гражданское право. / Отв. ред. проф В.П. Грибанов и проф. С.М. Корнеев. Москва: Юрид. лит., 1979. Т. 1. 552 с.
10. Брагинский М. И., Витрянский В. В. Договорное право: Книга первая: Общие положения. Москва : Статут, 1999. 848 с.
11. Белов В. А. Сингулярное правопреемство в обязательстве. Москва: Учебно-консультационный центр «ЮрИнфоР», 2000. 266 с.

12. Спасибо-Фатеева И.В. Правовая природа цессии. *Предпринимательство, хозяйство и право*. 1998. № 11. С. 13-18.
13. Новохатська Я. В. Заміна сторін у зобов'язанні. *Проблеми законності*. 2011. № 115. С. 29-39.
14. Шимон С. Законодавчі та договірні обмеження щодо відступлення права вимоги. *Підприємництво, господарство і право*. 2012. №. 7. С. 3-6.
15. Шимон С. І. Теорія майнових прав як об'єктів цивільних правовідносин: монографія. Київ : Юрінком Інтер, 2014. 664 с.
16. Пушай В. І. Теоретико-прикладні проблеми сингулярного та процесуального правонаступництва. *Вісник Харківського національного університету імені В. Н. Каразіна* № 1062. Серія «ПРАВО». 2013. Вип. № 14. С. 105-109.
17. Жолобецька М. Б., Полєнніков М. О. Особливості досліджень питань щодо документального підтвердження заборгованості по кредитним суперечкам, у разі відступлення, переуступки прав вимоги. *Криміналістика і судова експертиза*. 2019. №. 64. С. 720-738.
18. Гражданское право: Учебник / Под ред. А.П. Сергеева, Ю.К. Толстого. Москва, 1999. Т. 1. 765 с.
19. Брагинский М. И., Витрянский В. В. Договорное право: Книга вторая: Договоры о передаче имущества. Москва : Статут. 2004. 800 с.
20. Комаров А.С. Финансирование под уступку денежного требования (гл.43): Гражданский кодекс России: Часть вторая: Договоры и другие обязательства (текст проекта, комментарии, проблемы). Москва: Международный центр финансово-экономического развития, 1995. 382 с.
21. Гражданское право: Часть 2: Обязательственное право / Под ред. В.В. Залесского. Москва: МТК «Восточный экспресс», 1998. 704 с.
22. Новоселова Л.А. Финансирование под уступку денежного требования. *Вестник Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации*. 2000. № 11. С. 83-94.
23. Луць В.В. Контракти у підприємницькій діяльності : Навч. посібник. Київ: Юрінком Інтер, 1999. 560 с.
24. Гражданское право: в 2 т. : Учебник / Отв. ред. проф. Е.А. Суханов. Москва: Издательство БЕК, 2000. Т. II. Полутом 2. 544 с.

ДОГОВІР З НАДАННЯ СТРАХОВИХ ПОСЛУГ ЯК РЕГУЛЯТОР СТРАХОВИХ ВІДНОСИН

Міловська Надія Василівна,

доктор юридичних наук, доцент,
в.о. провідного наукового співробітника
відділу забезпечення інтеграції академічної та
університетської правової науки та розвитку юридичної освіти
Київського регіонального центру
Національної академії правових наук України

У статті досліджуються особливості договору з надання страхових послуг як підстави виникнення страхових відносин. Зазначається, що зважаючи на те, що рівень розвитку відносин страхування, в основу якого покладено норми національного та міжнародного права, безпосередньо залежить від досконалості національних правових інститутів та законодавства в умовах євроінтеграційних процесів, пов'язаних із підписанням Угоди про асоціацію між Україною, з однієї сторони, та Європейським Союзом, Європейським співтовариством з атомної енергії та їхніми державами-членами, з іншої сторони, визріла нагальна потреба в удосконаленні механізму правового регулювання приватноправового сегменту відносин у сфері надання страхових послуг. Істотний поштовх для цього дає судова практика вищих судових інстанцій, яка свідчить про непоодинокі випадки неоднакового застосування законодавчих приписів під час перегляду справ, пов'язаних зі сферою надання страхових послуг.

Наголошено, що в системі цивільно-правових договорів договори страхування доречно розглядати як підтип цивільно-правових зобов'язань у межах типу договорів про надання послуг, основна особливість яких полягає в тому, що надання послуги невіддільне від діяльності особи – послугонадавача (надання страхової послуги невіддільно пов'язане із діяльністю страховика), а корисний ефект такої діяльності полягає в самому процесі надання послуги.

Надається аналіз нормативно-правових актів у сфері відносин із надання страхових послуг та досліджується міжнародний досвід правового регулювання відповідних відносин. Теоретично осмислюються досягнення правової доктрини та правозастосовної практики у зазначеній сфері. Визначається місце договірних зобов'язань зі страхування в системі цивільно-правових зобов'язань, співвідношення предмета та об'єкта договору страхування, сутність страхової послуги та страхового ризику.

Ключові слова: договори з надання страхових послуг, страхові відносини, нормативно-правові акти у сфері страхових відносин, окремі види страхування.

Milovska Nadiia. An insurance agreement as a regulator of insurance relations

The article studies the general provisions of insurance contracts as an effective and efficient means of regulating insurance relations. It is noted that taking into account the level of development of insurance relations, which is based on the rules of national and international law, directly depends on the perfection of national legal institutions and legislation in the context of European integration processes related to the signing of the Association Agreement between Ukraine, on the one hand, and the European Union, the European Atomic Energy Community and their Member States, on the other hand, there is an urgent need to improve the mechanism of legal regulation of the private law segment of relations in the area of insurance services. The judicial practice of the relevant authorities, which proves numerous cases of unequal application of legal requirements when reviewing cases related to the provision of insurance services, gives a boost.

It is stressed that in the system of civil law contracts, it is appropriate to consider insurance contracts as a subtype of civil legal obligations within the framework of the type of service contracts, the main feature of which is that the provision of a service is inseparable from the activities of the person - the provider of services (the provision of an insurance service is inseparable

from the activities of the insurer), and the beneficial effect of such activities lies in the process of providing the service itself.

In the research analysis statutory acts in the area of insurance relations is provided and best practices of the legal regulation of insurance relations is investigated. There are theoretical interpretations of the legal doctrine and law enforcement practices in the area under study. The author determines the place of contractual insurance obligations in the system of civil law obligations, the correlation of the subject and object of the insurance contract, the essence of the insurance service and insurance risk.

Key words: *insurance contracts, insurance relations, insurance acts, individual types of insurance.*

Сьогодні правове регулювання страхових відносин здійснюється гл. 67 ЦК України, § 2 гл. 35 ГК України, Законом України «Про страхування» [1], іншими нормативно-правовими актами, правилами окремих видів страхування, не всі норми яких є взаємоузгодженими. Крім цього, гл. 63 ЦК України об'єднані загальні положення про договори з надання послуг, які застосовуються до різних видів договорів страхування субсидіарно, тобто тільки в тому випадку, якщо спеціальними правилами про ці договори не встановлено інше.

Зважаючи на те, що рівень розвитку відносин страхування, в основу якого покладено норми національного та міжнародного права, безпосередньо залежить від досконалості національних правових інститутів та законодавства, на сьогодні, в умовах євроінтеграційних процесів, пов'язаних із підписанням Угоди про асоціацію між Україною, з однієї сторони, та Європейським Союзом, Європейським співтовариством з атомної енергії та їхніми державами-членами [2], з іншої сторони, визріла нагальна потреба в удосконаленні механізму правового регулювання приватноправового сегменту відносин у сфері надання страхових послуг. Як з теоретичної, так і з практичної точки зору актуальним є визначення місця договорних зобов'язань зі страхування в системі цивільно-правових зобов'язань, співвідношення предмета та об'єкта договору страхування, сутності страхової послуги та страхового ризику, забезпечення належного виконання зобов'язань зі страхування, відповідальності за невиконання чи неналежне виконання умов договорів страхування тощо.

Відповідно до ч. 1 ст. 979 ЦК України за договором страхування одна сторона (страховик) зобов'язується у разі настання певної події (страхового випадку) виплатити другій стороні (страхувальникові) або іншій особі, визначеній у договорі, грошову суму (страхову виплату), а страхувальник зобов'язується сплачувати страхові платежі та виконувати інші умови договору. З точки зору загальної характеристики цивільно-правових зобов'язань, договір страхування належить до двосторонніх, взаємних, оплатних, строкових, диспозитивно реальних, алеаторних (ризикових) договорів. Так, диспозитивність ч. 1 ст. 983 ЦК України та ст. 18 Закону України «Про страхування» надає можливість пов'язувати набрання чинності договором страхування і з будь-яким іншим моментом після укладення правочину за всіма істотними умовами, а не лише з моментом сплати страхової премії (внеску), наприклад, з наданням страхувальником необхідних документів тощо. Однак набрання чинності договором не може відбутися після настання страхового випадку.

У системі цивільно-правових договорів договори страхування доречно розглядати як підтип цивільно-правових зобов'язань у межах типу договорів про надання послуг, основна особливість яких полягає в тому, що надання послуги невіддільне від діяльності особи – послугонадавача (надання страхової послуги невіддільно пов'язане із діяльністю страховика), а корисний ефект такої діяльності полягає в самому процесі надання послуги. Так, Закон України «Про фінансові послуги та державне регулювання ринків фінансових послуг» [3] послуги у сфері

страхування та накопичувального пенсійного забезпечення відносить до фінансових послуг, що відповідає й світовим стандартам. У Генеральній угоді про торгівлю послугами (GATS) від 15.04.1994 р., прийнятій у рамках Світової організації торгівлі, членом якої є й Україна, існує Додаток щодо фінансових послуг [4], відповідно до якого фінансовою послугою є будь-яка послуга фінансового характеру, яку пропонує постачальник фінансових послуг будь-якої країни-члена. Фінансові послуги включають всі страхові послуги, а також послуги, пов'язані зі страхуванням, банківські та інші фінансові послуги (крім страхових).

Віднесення договорів страхування до групи договорів про надання послуг впливає із конструкції ЦК України, оскільки глави, які стосуються послуг перевезення, зберігання, страхування тощо, закріплені за гл. 63 «Послуги. Загальні положення». Положення гл. 63 ЦК України можуть застосовуватися до всіх договорів про надання послуг, якщо це не суперечить суті зобов'язання, а також договорів, які взагалі не передбачені законодавством, але своїм предметом мають надання послуги, що полягає у вчиненні певної дії або здійсненні певної діяльності [5, с. 236].

Саме «надання послуг» і є тим класифікаційним чинником, який виокремлює зазначений тип договорів із-поміж інших договірних конструкцій і водночас наділений системоутворюючим зв'язком. У ЦК України зазначений тип договорів представлено підтипами, яким властива власна видозміна. Одним із таких підтипів договору про надання послуг, поряд із договорами зберігання, перевезення тощо, є договір страхування, який хоч і опосередковує відносини з надання послуг, однак має свої особливості, які відображено в його легальній дефініції. Об'єднання зазначених договорів в одну групу має нормативно-правове обґрунтування, оскільки ознака спрямованості (мети договору) є основою для формування правової бази, принципово відмінної від регулювання відносин, що мають іншу спрямованість

(передання майна у власність, передання майна в користування, виконання роботи тощо).

Таким чином, система договорів страхування є складовою частиною більш широкої системи договорів про надання послуг, яка характеризується властивими їй родовими ознаками. Наявність родових ознак надає змогу застосовувати до договірних відносин зі страхування норми загальних положень про послуги ЦК України. Водночас, система договорів страхування складається з елементів нижчого рівня (видів, підвидів договорів), кожен з яких, маючи загальні ознаки договору страхування, характеризується специфікою, що обумовлює необхідність їх особливого правового регулювання. Так, у межах договірного підтипу із надання страхових послуг, відповідно до характеру страхових послуг і сфери їх надання, можна виділити такі види договорів страхування: а) договори особистого страхування; б) договори майнового страхування; в) договори страхування відповідальності; г) договори перестраховування; ґ) договори співстрахування. Крім цього, критеріями для класифікації договорів страхування є: а) спосіб визначення розміру страхової виплати (страхового відшкодування): договори страхування збитків; договори страхування сум; б) наявність накопичувальної ознаки: договори накопичувально-ризикового страхування; договори ризикового страхування; в) спрямованість дії: прямі договори страхування; комбіновані договори страхування; г) форма страхування: договори добровільного страхування; договори обов'язкового страхування. Така систематизація договорів страхування, на нашу думку, є виправданою і надасть можливість моделювання правового регулювання договірних відносин із надання страхових послуг у ЦК України та Законі України «Про страхування».

Спільними ознаками, що об'єднують усі договірні зобов'язання зі страхування в один підтип договорів, що опосередковують надання страхових послуг в межах типу договорів про надання послуг, є:

а) наявність у особи інтересу, який підлягає страховому захисту; б) страховий захист майнових інтересів особи становить страхову послугу як предмет договору страхування; в) надання страхового захисту здійснюється на випадок настання подій, які характеризуються ознаками ймовірності та випадковості; г) збіг у часі надання страхової послуги та її споживання; ґ) платність страхової послуги; д) наявність спеціально сформованих грошових фондів, якими і забезпечується страховий захист майнових інтересів.

Згідно зі ст. 980 ЦК України та ст. 4 Закону України «Про страхування» предметом договору страхування можуть бути майнові інтереси, які не суперечать закону і пов'язані з життям, здоров'ям, працездатністю, пенсійним забезпеченням, володінням, користуванням і розпорядженням майном, а також відшкодуванням шкоди, завданої страхувальником. Однак визначення предмета цього договору у нормативно-правових актах, що є тією ознакою, яка надає можливість відмежувати його від інших договорів, має суперечливий характер і ставлення науковців до такого визначення – неоднозначне. Часто, характеризуючи договір страхування, автори оперують терміном «об'єкт страхування». Так, до внесення змін Законом України «Про внесення змін та визнання такими, що втратили чинність, деяких законодавчих актів України у зв'язку з прийняттям ЦК України» [6] ст. 4 Закону України «Про страхування», маючи такий самий зміст, називалася «Об'єкти страхування», що слугує яскравою ілюстрацією змішування цих понять.

Проблема неоднозначного розуміння предмета та об'єкта договору страхування пов'язана зі складною юридичною природою самого договору, який у цивілістичній науці вживається у кількох правових значеннях: як правочин, як правовідношення, як підстава виникнення зобов'язання, як документ, а інколи – як саме зобов'язання [7, с. 39]. Тобто вирішення означеної проблеми залежить не тільки від розуміння предмета договору, а й від того, що розу-

міти під страхуванням, оскільки цей термін також є багатозначним. Страхові правовідносини (зобов'язання) є різновидом цивільних правовідносин, тому для них характерні як загальні, так і специфічні ознаки останніх. Особливості страхових правовідносин проявляються через призму традиційних елементів будь-яких правовідносин (суб'єктний склад, об'єкт, зміст).

Дослідник теорії права В.І. Леушин вважає, що об'єкт правовідношення тісно пов'язаний з інтересом управненої сторони і є благом, що перебуває у його розпорядженні й охороняється державою [8, с. 349]. Так, об'єктом безпосередньо страхового правовідношення, на думку В.І. Серебровського, В. Р. Ідельсона, є саме страховий інтерес [9, с. 34; 10, с. 267]. Наявність страхового інтересу є необхідною умовою для формування страхового зобов'язання. У страховому зобов'язанні страховий інтерес – головний елемент, що визначає саму можливість існування страхування, проявляється у волі, спрямованій на укладання договору страхування, а тому має універсальний характер. Він притаманний як майновому, особистому страхуванню, так і страхуванню відповідальності.

На думку Н.Б. Пацурії, страховий інтерес – це потреба страхувальника (застрахованої особи, вигодонабувача, третьої особи) у захисті своїх правомірних майнових інтересів, які є підставою для виникнення страхового правовідношення [11, с. 33]. Таким чином, виходячи зі змісту ст. 980 ЦК України та ст. 4 Закону України «Про страхування», об'єктом страхування можна вважати страховий інтерес як суб'єктивне свідоме відображення потреби страхувальника (застрахованої особи) в страховому захисті своїх правомірних майнових інтересів на випадок можливого настання страхової події, пов'язаної з життям, здоров'ям, працездатністю, пенсійним забезпеченням страхувальника (застрахованої особи), з володінням, користуванням і розпорядженням майном, а також із відшкодуванням заподіяної ними шкоди фізичній особі, її майну або майну юридичної особи.

З урахуванням значної ролі страхового інтересу у виникненні та існуванні договірних відносин зі страхування, вбачається доцільним передбачення на законодавчому рівні втрати страхового інтересу страхувальника (застрахованої особи) як однієї із підстав припинення договору особистого страхування та страхування цивільної відповідальності, за якими не передбачається можливості передання страхового захисту іншій особі. Водночас припинення існування страхового інтересу страхувальника за договором майнового страхування не може бути підставою для припинення дії відповідного договору. Крім цього, зважаючи на обов'язковість наявності у страхувальника страхового інтересу у захисті своїх правомірних майнових інтересів на випадок можливого настання страхової події, доцільним є внесення змін до ч. 2 ст. 984 ЦК України та ч. 1 ст. 3 Закону України «Про страхування» із зазначенням, що страхувальниками можуть бути юридичні та дієздатні фізичні особи, які наділені страховим інтересом у захисті своїх правомірних майнових інтересів на випадок можливого настання страхової події і уклали зі страховиками договори страхування або є страхувальниками відповідно до законодавства України.

У свою чергу, предметом будь-якого договору є те, з приводу чого особа вступає у такі правовідносини та чого вона бажає досягти. Предмет договору уособлює його правову мету шляхом зазначення певних дій з об'єктами цивільних прав – передача речі, ремонт будинку, виготовлення продукції, надання страхових чи інших послуг тощо [12, с. 129]. Тому предмет договору страхування зводиться не лише до майнового інтересу, як це передбачено у ст. 980 ЦК України та ст. 4 Закону України «Про страхування». Предмет договору, а точніше сказати, предмет зобов'язання, що впливає з договору, являє собою дії (або бездіяльність), які має вчинити зобов'язана сторона (або, відповідно, утриматися від їх здійснення). Так, на думку А.А. Телестакової, предметом дого-

вору з надання послуг є саме послуга [13, с. 51]. Н.В. Федорченко також зазначає, що предметом договору з надання послуг є надання за завданням замовника різного роду послуг, тобто безпосередньо діяльність, що полягає у вчиненні виконавцем певних дій або діяльності, а також корисний ефект від вчинення дій або діяльності виконавця, який (мається на увазі ефект) ніколи не набуває форми нової речі [14, с. 160].

Таким чином, враховуючи те, що договір страхування відноситься до групи цивільно-правових договорів про надання послуг, предметом договору страхування є надання страхової послуги страховиком страхувальникові щодо захисту його майнових інтересів шляхом здійснення страхової виплати (страхового відшкодування) у разі настання певної події (страхового випадку), пов'язаної із заподіянням шкоди страхувальнику, застрахованій особі (у випадку страхування їх життя, здоров'я, майна) або третім особам (у випадку страхування цивільної відповідальності страхувальника, застрахованої особи). Зважаючи на відсутність єдиного розуміння страхової послуги, її видів, постає потреба в узгодженні вітчизняних й міжнародних нормативно-правових актів, що регулюють сферу страхування, в першу чергу, це стосується ЦК України та Закону України «Про страхування», що не містить визначення поняття та наведеного в Угоді про асоціацію між Україною, з однієї сторони, та Європейським Союзом, Європейським співтовариством з атомної енергії і їхніми державами-членами, а також Додатку щодо фінансових послуг до Генеральної угоди про торгівлю послугами (GATS), переліку страхових послуг, серед яких: 1) пряме страхування (в тому числі спільне страхування): життя; не пов'язане зі страхуванням життя; 2) пере-страхування; 3) страхове посередництво, таке як брокерське та агентське; 4) допоміжні послуги щодо страхування (консультаційні, актуарні, оцінка ризику, послуги щодо врегулювання претензій (збитків)), що забезпечують якісне та гарантоване

надання страхового захисту і певною мірою обслуговують цей процес.

Для визначення поняття страхової послуги та відображення його на законодавчому рівні передусім варто зазначити те, що метою страхування є саме захист інтересів фізичних чи юридичних осіб, і ця мета реалізується незалежно від того – довелось страховику здійснити страхову виплату (страхове відшкодування) чи ні. Після настання страхового випадку захисна мета страхування не змінюється, а просто набуває іншої форми (етапу) розвитку (здійснення страхової виплати (страхового відшкодування)), залишаючись при цьому правовідношенням щодо захисту інтересів фізичних і юридичних осіб. Так, Вищий адміністративний суд України у справі № 820/11841/15, що стосувалася витрат платника податку на оплату послуг страхової компанії щодо добровільного страхування фінансових ризиків, вантажів та багажу, в діяльності якої не трапилося жодного страхового випадку, що дало податківцям підстави думати про відсутність ризиків, а відтак і потреби в страховій послугі, своєю ухвалою від 21.02.2017 р. підкреслив, що факт надання послуги страхування не пов'язаний безпосередньо з настанням страхового випадку. Визначення страхування як форми захисту осіб від настання певних подій, обумовлених договором страхування, не включає такої ознаки, як обов'язкове і неминуче настання відповідної події. З моменту вступу в силу договору страхування і впродовж усього строку його дії страхова послуга є наданою, адже упродовж усього строку дії договору страхування застрахований інтерес страхувальника є захищеним [15].

На підставі договору страхування можуть бути надані такі види страхових послуг: а) залежно від виду страхування – страхові послуги, що надаються за договором особистого страхування, майнового страхування та страхування відповідальності; б) залежно від форми страхування – страхові послуги з добровільного страхування та страхові послуги

з обов'язкового страхування; в) страхові послуги, що забезпечують якісне та гарантоване надання страхового захисту – страхові послуги, що надаються за договором перестраховування, та страхові послуги, що надаються за договором співстрахування; г) допоміжні послуги зі страхування – консультаційні послуги, оцінка актуарного ризику, задоволення претензій тощо.

На сьогоднішній день поряд із поняттям «страхова послуга» відсутнє й легальне визначення поняття «споживач страхових послуг», яке вживається в юридичній літературі та застосовується на практиці, чому певною мірою сприяло прийняття Кабінетом Міністрів України Концепції захисту прав споживачів небанківських фінансових послуг [16]. Недостатня визначеність правового статусу споживача страхових послуг створює перешкоди в захисті їх прав. Це підтверджується судовою практикою розгляду цивільних справ, що виникають з договорів страхування [17]. Особливу зацікавленість викликає питання щодо встановлення можливості застосування до договірних відносин зі страхування за участю фізичної особи як споживача положень Закону України «Про захист прав споживачів» [18] в частині, не врегульованій спеціальним законом.

Загалом, основними учасниками страхових відносин є страхувальник та страховик. Це пояснюється тим, що вони приймають безпосередню участь у виникненні, зміні або припиненні страхових правовідносин. Участь всіх інших учасників (застраховані особи, вигодонабувачі тощо) залежить від волевиявлення саме страховика та/або страхувальника та (або) є наслідком дії положень чинного законодавства України. Так, у сфері майнового страхування на законодавчому рівні передбачено, що перехід прав та обов'язків страхувальника за договором майнового страхування до осіб, які одержали це майно у спадщину, здійснюється у разі його смерті. В інших же випадках права та обов'язки страхувальника можуть перейти до третіх осіб лише за згодою страховика, якщо інше не встановлено договором страхування

(ст. 994 ЦК). Однак, враховуючи практику майнового страхування, а також положення Правил страхування майна (наприклад, Правила добровільного страхування майна АТ «СК «АХА Страхування» [19]), доцільним вбачається закріплення на законодавчому рівні положення про те, що при переході прав на застраховане майно від особи, в інтересах якої було укладено договір майнового страхування, до іншої особи, права та обов'язки за цим договором переходять до особи, до якої перейшли права на майно, за винятком випадків примусового вилучення майна з підстав, передбачених законом, та за умови внесення відповідних змін до договору страхування.

Відповідного оновлення потребує й законодавче визначення поняття страхового ризику як передумови виникнення страхових правовідносин, а також поняття страхового випадку як реалізованого страхового ризику. Так, згідно з ч. 1 ст. 8 Закону України «Про страхування» страховий ризик – це певна подія, на випадок якої проводиться страхування і яка має ознаки ймовірності та випадковості настання. Власне, фактор ризику і необхідність захисту від його наслідків викликають потребу в страхуванні. М.М. Великанова зазначає, що ризику притаманні як об'єктивні, так і суб'єктивні ознаки. До об'єктивних належить результат (наслідок дії, події) та ймовірний характер настання такого результату (наслідку), невизначеність. До суб'єктивних – усвідомлення факторів ризику, визначення ступеня ймовірності та рівня ризику, передбачення можливих результатів своєї діяльності та вибір варіанта поведінки у конкретній ситуації [20, с. 126–127]. Саме наявність страхового ризику визначає можливість укладання договору страхування і, отже, існування страхових правовідносин, які виникли на основі цього договору [21, с. 165].

Зважаючи на те, що для здійснення страховиком обов'язку зі страхової виплати (страхового відшкодування) необхідним є не лише настання події, на випа-

док якої здійснюється страхування і яка характеризується випадковістю і ймовірністю настання, а й наявність несприятливих наслідків від настання передбаченої договором страхування події та безпосереднього причинного зв'язку між подією та несприятливими наслідками, доцільною є вказівка на юридичну значущість для страхування таких трьох складових елементів страхового ризику, а відтак і страхового випадку як реалізованого страхового ризику: 1) подія, на випадок якої здійснюється страхування і яка характеризується випадковістю та ймовірністю настання; 2) несприятливі наслідки від настання передбаченої договором страхування події; 3) безпосередній причинний зв'язок між подією та несприятливими наслідками.

Таким чином, ототожнення події, на випадок настання якої здійснюється страхування, лише з небезпекою без урахування заподіяної шкоди спотворює сенс страхування як захисту майнового інтересу і суперечить принципу компенсації. Адже сама по собі подія, якщо вона ще не заподіяла шкоду, не порушує страхового інтересу. У зв'язку з цим, під поняттям страхового ризику доцільно вважати ймовірну та випадкову подію, на випадок настання негативних наслідків якої здійснюється страхування.

Слід звернути увагу й на те, що сьогодні практично відсутня правова база, що має регулювати діяльність товариств взаємного страхування в Україні як некомерційних страхових організацій, що стало причиною припинення функціонування раніше створених товариств, негативно позначається на реалізації потенціалу інституту страхування та вказує на структурну диспропорцію вітчизняного страхового ринку. У зв'язку з цим існує необхідність розробки і прийняття Верховною Радою України Закону «Про товариства взаємного страхування», що надасть можливість чітко визначити засади їх створення і діяльності.

Отже, з метою систематизації та розвитку законодавства України у сфері надання стра-

хових послуг його основними функціями має стати: створення цивільно-правової концепції забезпечення програми переходу сфери страхування до європейських і світових стандартів; удосконалення правового становища учасників страхових відносин; забезпечення захисту прав та законних інтересів споживачів страхових послуг; забезпечення балансу приватних і публічних інтересів при здійсненні страхової діяльності; встановлення правових основ державного нагляду (контролю) за дотриманням стандартів, норм і правил учасниками страхових відносин та відповідальності за порушення норм страхового законодавства.

Гармонізація законодавства України до законодавства ЄС в умовах євроінтеграційних процесів в Україні безумовно сприятиме розвитку сфери надання страхових послуг з урахуванням європейського досвіду та національних особливостей. Чітка нормативно-правова база, яка відповідає європейським стандартам, є надзвичайно необхідною для забезпечення ефективного регулювання страхових відносин, зміцнення власних інститутів сфери страхування, підвищення стандартів надання страхових послуг, забезпечення належного захисту прав споживачів страхових послуг тощо.

ЛІТЕРАТУРА:

1. Закон України «Про страхування» від 7 березня 1996 р. *Відомості Верховної Ради України*. 1996. № 18. Ст. 78.
2. Угода про асоціацію між Україною, з однієї сторони, та Європейським Союзом, Європейським Співтовариством з атомної енергії і їхніми державами-членами, з іншої сторони від 27 червня 2014 р. URL: http://www.kmu.gov.ua/kmu/control/ru/publish/article?art_id=246581344& (дата звернення: 05.01.2021).
3. Закон України «Про фінансові послуги та державне регулювання ринків фінансових послуг» від 12 липня 2001 р. *Відомості Верховної Ради України*. 2002. № 1. Ст. 1.
4. Генеральна угода про торгівлю послугами від 15 квітня 1994 р. База даних «*Законодавство України*». URL: http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/981_017/page2 (дата звернення: 05.01.2021).
5. Федорченко Н.В. Договірне регулювання відносин з надання послуг. *Договірне регулювання приватноправових відносин в умовах євроінтеграційних процесів в Україні*. Монографія / За заг. ред. академіка НАПрН України О. Д. Крупчана; наук. ред. А. Б. Гриняк. Київ, 2017. С. 236.
6. Закон України «Про внесення змін та визнання такими, що втратили чинність, деяких законодавчих актів України у зв'язку з прийняттям ЦК» від 27 квітня 2007 р. *Урядовий кур'єр*. 2007. № 108.
7. Договірне право України. Загальна частина: навч. посіб. / Т.В. Боднар, О.В. Дзера, Н.С. Кузнецова та ін.: за ред. О.В. Дзери. Київ: Юрінком Інтер, 2008. 896 с.
8. Теория государства и права: учебник для юрид. вузов и факультетов / Под ред. В. М. Корельского, В. Д. Перевалова. 2-е изд., с изм. и доп. Москва: Норма: Инфра-М, 2003. 616 с.
9. Идельсон В.Р. Страхование право. Москва: Анкил, 1993.
10. Серебровский В.И. Избранные труды по наследственному и страховому праву. 2-е изд., исправ. Москва: Статут, 2003. 558 с.
11. Пацурія Н.Б. Страховий інтерес: теоретичне обґрунтування та проблеми правового закріплення. *Вісник Київського національного університету імені Тараса Шевченка. Серія: Юридичні науки*. 2011. № 88. С. 31–36.
12. Стрижак І.В. Проблема визначення поняття «предмет договору». *Вісник Академії митної служби України. Сер.: Право*. 2010. № 2. С. 124–129.
13. Телестакова А.А. Правове регулювання відносин з надання послуг. Навч. посіб. Київ: Центр учбової літератури, 2010. 160 с.

14. Федорченко Н.В. Договірні зобов'язання з надання послуг: проблеми теорії і практики: монографія. Київ: НДІ приватного права і підприємництва імені академіка Ф.Г. Бурчака НАПрН України, 2015. 432 с.

15. Ухвала Вищого адміністративного суду України від 21.02.2017 р. у справі № 820/11841/15. URL: <https://taxlink.ua/ua/court/uhvala-vishchogo-administrativnogo-sudu-ukraini-vid-21022017-u-spravi-8201184115/> (дата звернення: 05.01.2021).

16. Розпорядження Кабінету Міністрів України «Про схвалення Концепції захисту прав споживачів небанківських фінансових послуг в Україні» від 3 вересня 2009 р. № 1026-р. *Офіційний вісник України*. 2009. № 69. С. 30.

17. Дайджест судової практики Великої Палати Верховного Суду у справах, пов'язаних зі страховими правовідносинами. Київ, 2019. URL: <https://supreme.court.gov.ua/userfiles/media/Dajdjest.pdf> (дата звернення: 05.01.2021).

18. Закон України «Про захист прав споживачів» від 12 травня 1991 р. № 1023-XII. *Відомості Верховної Ради УРСР*. 1991. № 30. Ст. 379.

19. Правила добровільного страхування майна (іншого, ніж передбачено п. 5–9 ст. 6 Закону України «Про страхування») АТ «СК «АХА Страхування». URL: <https://axaukraine.com/upload/files/2017/1.%D0%9F%D1%80%D0%B0%D0%B2%D0%B8%D0%BB%D0%B0002.pdf> (дата звернення: 05.01.2021).

20. Великанова М.М. Ризики в цивільному праві: монографія. Київ: Алерта, 2019. 378 с.

21. Міловська Н.В. Договірні зобов'язання зі страхування у цивільному праві України: проблеми теорії та практики: монографія. Київ: НДІ приватного права і підприємництва імені академіка Ф.Г. Бурчака НАПрН України, 2019. 488 с.

УДК 347.1

DOI <https://doi.org/10.51989/NUL.2021.1.5>

ДОГОВІР КУПІВЛІ-ПРОДАЖУ В УМОВАХ РЕФОРМУВАННЯ ЦИВІЛЬНОГО ЗАКОНОДАВСТВА

Пленюк Мар'яна Дмитрівна,
доктор юридичних наук, професор,
в.о. ученого секретаря
Київського регіонального центру
Національної академії правових наук України

У статті звернено увагу на те, що свого особливого значення договори купівлі-продажу набули за умов розвитку ринкових відносин. Серед найбільш розповсюджених: договір роздрібної купівлі-продажу, договори поставки, договір міни та ін. Саме завдяки договорам купівлі-продажу очевидною є динаміка переходу майна (товару) від одного учасника цивільних відносин до іншого. Зобов'язання із купівлі-продажу є найбільш застосовані у цивільному обороті. Звернено увагу, що за своєю правовою характеристикою договір купівлі-продажу є консенсуальним, двостороннім (взаємним), відплатним. Його мета полягає в оплатному відчуженні майна (товару) від однієї сторони та переданні його у власність іншій стороні.

Зроблено висновок, що на сучасному етапі оновлення цивільного законодавства характерним є пошук моделей правового регулювання договірних зобов'язань, в тому числі й купівлі-продажу. Вбачається корисним прийняття спільних європейських норм та принципів у сфері купівлі-продажу, що надасть можливість створення європейської соціальної моделі, яка позиціонуватиметься як ідеал справедливості, зокрема для забезпечення захисту споживачів та малого бізнесу в цілому.

Ключові слова: договір купівлі-продажу, торгово-грошові відносини, оплата передача майна, покупець, продавець, споживач.

Pleniuk Mariana. Purchase agreement in the conditions of civil legislation reform

The article draws attention to the fact that the contracts of sale have acquired their special significance in the context of market relations. Among the most common: retail sales contract, supply contracts, mine contract, etc. It is due to the contracts of sale that the dynamics of the transfer of property (goods) from one participant in civil relations to another is obvious. Purchase and sale obligations are the most widely used in civil turnover. It is noted that according to its legal characteristics, the contract of sale is consensual, bilateral (mutual), repayable. Its purpose is the paid alienation of property (goods) from one party and its transfer to the other party.

It is concluded that at the present stage of updating the civil legislation is characterized by the search for models of legal regulation of contractual obligations, including sales. It is considered useful to adopt common European norms and principles in the field of sales, which will provide an opportunity to create a European social model that will be positioned as an ideal of justice, in particular to ensure consumer protection and small business in general.

Key words: contract of sale, trade and monetary relations, paid transfer of property, buyer, seller, consumer.

Упродовж існування всього людства договір купівлі-продажу був і є основою торгового обігу. Договір купівлі-продажу є найефективнішою та найбільш універсальною формою опосередкування торгово-грошових відносин, а тому зацікавленість науковців щодо його аналізу, змісту, тлумачення основних функцій тощо не применшується.

Відомо, що свого особливого значення договори купівлі-продажу набули за умов розвитку ринкових відносин. Серед найбільш розповсюджених: договір роздрібної купівлі-продажу, договори поставки, контрактації сільськогосподарської продукції, постачання енергетичними та іншими ресурсами через

приєднану мережу, договір міни та ін. Однак незважаючи на великий обсяг проведених наукових досліджень цих договорів їх проблематика залишається невичерпною та актуальною. Саме завдяки договорам купівлі-продажу очевидною є динаміка переходу майна (товару) від одного учасника цивільних відносин до іншого. Зобов'язання із купівлі-продажу є найбільш застосовані у цивільному обороті.

Відносини купівлі-продажу в широкому розумінні регулюються главою 54 ЦК України, Законом України «Про захист прав споживачів» від 12 травня 1991 р. (в редакції Закону від 1 грудня 2005 р.), а також іншими нормативними актами різної юридичної сили залежно від особливостей предмета договору, зокрема Законом України «Про цінні папери та фондовий ринок», Земельним кодексом України, законом України «Про публічні закупівлі» та інші.

За своєю правовою характеристикою договір купівлі-продажу є консенсуальним, двостороннім (взаємним), відплатним. Його мета полягає у оплатному відчуженні майна (товару) від однієї сторони та передавання його у власність іншій стороні.

Зважаючи на те, що не усі учасники цивільних відносин можуть набувати майно (товар) на праві власності, серед таких майно державного чи комунального унітарного підприємства, що знаходиться відповідно у державній або комунальній власності (ст. 73 та ст. 78 ГК України) або відповідно до ст. 76 ГК України, майно казенного підприємства закріплюється за ним на праві оперативного управління, в правовій літературі пропонується доповнити дефініцію договору купівлі-продажу вказівкою на господарське чи оперативне управління [1, с. 203].

Однак сьогодні аналіз п'ятнадцятирічного досвіду застосування положень ЦК України та ГК України, а також наукових дискусій, що тривають фактично від самого початку роботи над проектом ЦК України, судової практики розгляду спорів дають підстави для висновку про наявність системних протиріч між положеннями зазна-

чених кодифікованих актів, зокрема не лише в частині зобов'язальних правовідносин, а й щодо набуття права власності тощо, які істотно перешкоджають економічному розвитку нашої держави, зокрема розвитку законодавства відповідно до положень Угоди про асоціацію України та Європейського Союзу. Такий детальний аналіз викладено авторами у Віснику Національної академії правових наук України [2, с. 16].

Регулюванню майнових основ господарювання присвячено розділ III ГК України, який розпочинається главою 14 «Майно суб'єктів господарювання». В її основу покладено розуміння права власності, що закріплене у Книзі 3 «Право власності та інші речові права» ЦК України. Утім, як слушно зазначено, положення ст. 136 («Право господарського відання») і ст. 137 («Право оперативного управління») ГК України фактично віддзеркалюють регламентацію майнових відносини, яка була характерною для адміністративно-командної економіки, коли юридичній особі (як правило, державному або комунальному підприємству) майно передавалося не у власність, а на титулах, які являли собою його своєрідний замінник, ерзац. Юридична особа, якій майно надавалося на праві господарського відання або на праві оперативного управління, не могла вільно ним розпоряджатися або відповідати ним по своїх зобов'язаннях [2, с. 26].

У науковому коментарі до ГК України вказується, що «право господарського відання» є однією з правових форм реалізації права власності. Право господарського відання дуже схоже з правом власності, але його не можна ототожнювати з правом власності... право господарського відання – це право, яке залежить від права власності, є похідним від нього. Право господарського відання обмежено не тільки законом, але й приписами правовстановлюючих документів, які затверджує власник... [3].

Такий аналогічний підхід визначено і до права оперативного управління, яке

є похідним, вторинним правом. Воно є ще більш обмеженим ніж право господарського відання, наприклад, цілями діяльності суб'єкта цього права, завданнями власника, цільовим призначенням майна, що належить йому на праві оперативного управління, повноваженнями щодо розпорядження зазначеним майном [3].

Щодо сторін договору купівлі-продажу варто зазначити, що продавцем, відповідно до ст. 2 ЦК України може бути будь-який учасник цивільних відносин (ст. 2 ЦК України), який відчужує майно, що знаходиться у його власності. Як відомо, у окремих випадках законодавець до особи продавця ставить й додаткові вимоги. Так, зокрема у випадку роздрібною купівлі-продажу продавцем має бути учасник, що здійснює підприємницьку діяльність з продажу товарів (ст. 698 ЦК України). За деякими видами договорів продавець може мати й іншу назву: за договором поставки – постачальник (ст. 712 ЦК України); виробник сільськогосподарської продукції за договором контрактації сільськогосподарської продукції (ст. 713 ЦК) та ін. При цьому слід зазначити, що незалежно від назви учасника за договором, особи є продавцями, основна функція яких передати майно (товар) у власність іншій стороні (покупцеві).

Серед обов'язків, які лежать на продавцеві можна виокремити: а) обов'язок, який впливає з конструкції ст. 655 ЦК України, передання права власності на покупця; б) обов'язок передання покупцеві разом із товаром його приналежності та документи (наприклад, технічний паспорт, сертифікат тощо), що стосуються товару (ст. 662 ЦК України); в) обов'язок попередити покупця про всі права третіх осіб на товар, що продається (право наймача, право застави, право довічного користування тощо); г) обов'язок збереження до передання покупцеві продане майно (товар), не допускаючи його погіршення (ст. 667 ЦК України) та ін.

До покупця за договором купівлі-продажу законодавством не встановлено жодних обмежень, зокрема ними можуть

бути будь-які учасники цивільних відносин. Однак якщо покупцями є малолітні або неповнолітні особи, до них встановлені певні обмеження (ст. 31 ЦК України). Додатково зауважимо, що певні обмеження існують й для іноземних громадян. Так, відповідно до ст. 81 Земельного кодексу України, іноземці та особи без громадянства можуть набувати права власності на земельні ділянки лише несільськогосподарського призначення в межах населених пунктів, а також на земельні ділянки несільськогосподарського призначення за межами населених пунктів, на яких розташовані об'єкти нерухомого майна, що належать їм на праві приватної власності [4]. У деяких випадках, для отримання майна у власність слід дотримуватись певних дозвільних процедур (наприклад, в отриманні мисливської зброї, газового пістолета та ін.) [5].

Питання оплати покупцем майна безпосередньо пов'язане із встановленням ціни останнього. Так, згідно ст. 691 ЦК України покупець зобов'язаний оплатити товар за ціною, встановленою у договорі купівлі-продажу. Слід зазначити, що ціна, виходячи із змісту наведеного положення не є істотною умовою договору купівлі-продажу. Вважається, що якщо ціна у договорі не встановлена і не може бути визначена, виходячи з його умов, вона визначається, виходячи із звичайних цін, що склалися на аналогічні товари, роботи або послуги на момент укладення договору. Додатково зазначимо про абсолютно інший підхід у ГК України, де ціна є істотною умовою і господарському договорі, в тому числі договору купівлі-продажу, що укладається у зв'язку зі здійсненням господарської діяльності (ч. 3 ст. 180 ГК України та ч. 2 ст. 189 ГК України).

Предметом договору купівлі-продажу може бути товар, який є у продавця на момент укладення договору або буде створений (придбаний, набутий) продавцем у майбутньому (ч. 1 ст. 656 ЦК). Слід зазначити, що на відміну від ст. 179 ЦК України та ст. 190 ЦК України, в яких міститься визначення «річ» та «майно», у ст. 656 ЦК

України поняття «товар», відсутнє. Його розуміння викладене у ст. 139 ГК України, де звернено увагу, що товарами у складі майна суб'єктів господарювання є: вироблена продукція (товарні запаси), виконані роботи та послуги. Однак відсутність такого розуміння зовсім не свідчить про обмеженість предмета у договорі купівлі-продажу. Вважається, що під поняттям товару як предмета договору купівлі-продажу слід розуміти як річ, сукупність речей, так і майно, майнові права. Положення ст. 656 ЦК України не обмежують предмет договору купівлі-продажу лише товаром, що є в наявності у продавця. Правовий режим предмета стосуватиметься й товару, що буде створений (придбаний, набутий) в майбутньому.

До наведеного вище зазначимо, що не увесь товар (майно тощо) може бути об'єктом договору купівлі-продажу. Законом встановлено й певні обмеження щодо нього. Так, зокрема, не можуть перебувати у приватній власності, а відтак не можуть бути предметом договору купівлі-продажу об'єкти права виключної власності народу України, до яких належать земля, її надра, повітряний простір, водні та інші природні ресурси її континентального шельфу та виключної (морської) економічної зони (ст. 13 Конституції України) [6].

Окрім цього, зазначимо, що майнові права, про які йдеться у ч. 2 ст. 656 ЦК України, з одного боку, відповідають принципу свободи договору купівлі-продажу, а з іншого, породжують певну низку неузгодженостей. Так, наприклад, відповідно до п. 2 до ст. 190 ЦК України майнові права вважаються речовими правами, які за своєю правовою природою визначаються неспожитою річчю. Однак, в правовій доктрині стверджується, що до майнових прав слід відносити й зобов'язальні, корпоративні, виключні права. На думку Р.А. Майданіка, майнові правовідносини являють собою майнову частину цивільних правовідносин, об'єкт яких становлять конкретні речі (речові права) та окремі майнові права (зобов'язальні, корпоративні, майнові права інтелектуальної власності)

[7, с. 180]. В свою чергу, О.А. Халабуденко вважає, що приналежність матеріальних благ приватній особі у вигляді сукупності належних певним фізичним і юридичним особам майнових прав та обов'язків (піддаються оцінці в грошовому вираженні), що може розглядатися як сума активних і пасивних цінностей, тісно пов'язаних між собою слід розуміти майном [8, с. 34]. Ми ж підтримуємо позицію, що речові права, які тісно пов'язані з річчю, в свою чергу, корпоративні – з цінними паперами, не можуть бути предметом договору купівлі-продажу, адже такі права переходять виключно у зв'язку з переходом вказаних об'єктів. Тому доходимо висновку, що предметом договору купівлі-продажу можуть бути лише зобов'язальні та виключні майнові права. Окрім наведеного, звертаємо увагу, що оскільки предметом договору купівлі-продажу є майнові права, а не обов'язки, при цьому сам договір вважається взаємним (синалагматичним) уступка майнових права, які ґрунтуються на взаємному договорі, є можливою тільки у разі, коли продавець виконав усі покладені на нього обов'язки, а також зобов'язання, що виникають із заподіяння шкоди, авторські права [9, с. 16]. В односторонніх договорах така умова відсутня.

Враховуючи те, що в доктрині приватного права об'єкти цивільного права поділяють на існуючі та майбутні, в практиці ЄСПЛ виокремився ще один вид майна – законні (правомірні, легітимні) очікування. Такий підхід зовсім не характерний для українського законодавства однак, як слушно зазначає А.С. Сліпченко, євроінтеграція України вимагатиме від українських судів використання терміну «майно» і в контексті практики ЄСПЛ, в тому числі й аналоги такому виду майна, як правові очікування [10, с. 277–282].

Частиною 4 ст. 656 ЦК України встановлено, що правовий режим загальних положень договору купівлі-продажу поширюється й у випадках укладення договору купівлі-продажу на аукціонах, біржах, конкурсах, публічних торгах, купівлі-продажу валютних цінностей та цінних паперів

тощо. У кожного із наведених видів особливості щодо укладення договорів купівлі-продажу передбаченні спеціальним законодавством. Так, наприклад, до істотних особливостей договору купівлі-продажу на біржі, відповідно до Закону України «Про товарну біржу» [11] відносять насамперед те, що договір купівлі-продажу може укладатися лише членами біржі та підлягає обов'язковій реєстрації не пізніше наступного за укладенням договору дня. Певна специфіка укладення договору купівлі-продажу прослідковується й щодо укладення таких договорів на аукціонах, відповідно до Положення про функціонування фондових бірж, затверджене рішенням НКЦПФР від 22 листопада 2012 р. № 1688) [12], а також в Законі України «Про публічні закупівлі» [13], Законом України «Про цінні папери та фондовий ринок» [14] та ін.

Зважаючи на те, що сучасний технічний прогрес зумовлює появу все нових різновидів договору купівлі-продажу товарів особливості їх укладення також можуть бути передбачені у спеціальному законодавстві. Серед таких, наприклад, дистанційний договір роздрібної купівлі-продажу товарів. Так, на думку А.О. Паєнок, дистанційний договір купівлі-продажу товарів укладають на підставі ознайомлення покупця з описом характеристик товару, розміщеним у буклеті, каталозі чи трансльованим у мережах зв'язку, або іншими способами, що унеможливають безпосереднє випробування покупцем функціональних властивостей товару чи його зразка перед укладенням договору, а укладення договору відбувається з використанням засобів дистанційного зв'язку (телефон, радіо, телебачення, Інтернет тощо) за одночасної фізичної відсутності сторін у їх місцезнаходженні один щодо одного [15, с. 26]. На нашу думку, наведений різновид договору купівлі-продажу в сучасних умовах покликаний якнайповніше задовольняти потреба суспільства в якісних та насамперед безпечних для здоров'я та життя умовах. Дистанційний договір купівлі-продажу, як і будь які інші договори купівлі-

продажу, виступає фінальною правовою формою торгового обслуговування населення, забезпечуючи потрапляння товарів для споживання та інших потреб учасників цивільних відносин.

Предмет договору купівлі-продажу характеризується певними якісними та кількісними показниками, показниками щодо асортименту, комплектності, упакування тощо. Такі показники безумовно належать до умов договору купівлі-продажу, які можуть, за бажанням сторін, набувати характеру істотних умов цього договору.

Так, за ст. 669–670 ЦК України продавець повинен передати покупцеві товар у кількості, що встановлена договором купівлі-продажу. Кількість товару, який продається, встановлюється у договорі купівлі-продажу у відповідних одиницях виміру або грошовому вимірі. У разі передачі продавцем меншої кількості товару, ніж це встановлено у договорі, покупець має право вимагати передання кількості товару, якої не вистачає, або відмовитися від переданого товару та його оплати. У разі, якщо товар оплачений – вимагати повернення сплаченої грошової суми.

Продавець передає майно (товар) покупцеві. Так, згідно ст. 662 ЦК України продавець повинен одночасно з товаром передати покупцеві його приналежності та документи (сертифікат якості, технічний паспорт тощо), які стосуються товару та підлягають переданню разом із товаром відповідно до договору або актів цивільного законодавства. Відповідно до ст. 664 ЦК України моментом виконання обов'язку продавця передати товар вважається: а) вручення товару покупцеві, якщо договором встановлений обов'язок продавця доставити товар; б) надання товару в розпорядження покупця, якщо товар має бути переданий покупцеві за місцезнаходженням товару. Договором купівлі-продажу може бути встановлений і інший момент виконання продавцем обов'язку передати товар.

Законом України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо

корпоративних договорів» [16] було внесено зміни до ЦК України, зокрема поміщено ст. 658¹ відповідно до якої, сторони договору купівлі-продажу можуть домовитися, що одна сторона придбає в іншій право розірвати цей договір в односторонньому порядку. Договір купівлі-продажу є розірваним, якщо сторона, яка набула відповідно до частини першої цієї статті право розірвати договір, протягом визначеного строку не заявить вимогу про виконання договору. Сторони можуть обумовити розірвання договору купівлі-продажу вчиненням цією стороною певних дій або настання певних обставин протягом визначеного строку або у визначений час.

Положення ст. 658¹ ЦК України, які є новими у канві цивільного законодавства вносять певний дисонанс, адже надають підстави для дещо іншої інтерпретації конструкції одностороннього розірвання договору, зокрема в позасудовому порядку. Так, наприклад, враховуючи те, що правова операція з придбання права власності підлягає оподаткуванню податком на додаткову вартість на підставі пп. «а» п. 14.1.185 Податкового кодексу України, такий податок має накладатися і на оплатність придбання права на розірвання договору купівлі-продажу. Окрім цього, угода, яка укладається на придбання права на одностороннє розірвання договору може вважатися окремим договором купівлі-продажу, якому мають бути притаманні консенсуальність, двосторонність, оплатність, строковість тощо. В свою чергу, об'єктом такого договору виступатиме право купівлі-продажу відповідного права.

У свою чергу, ч. 3 ст. 651 ЦК України передбачено, що в разі односторонньої відмови від договору договір є розірваним з моменту здійснення відповідного акту волевиявлення управленою стороною. Відповідно до ч. 2 ст. 658¹ ЦК України встановлює, що сторона, яка придбала право на одностороннє розірвання договору, має право заявити вимогу про його виконання, що виключає припинення відповідного договору купівлі-продажу. Від-

так, одностороннє розірвання договору має місце у момент, визначений договором про придбання права на одностороннє розірвання договору купівлі-продажу, за умови нез'явлення управленою стороною про виконання договору купівлі-продажу [1].

Враховуючи те, що правові наслідки розірвання договорів на підставі придбання права на одностороннє розірвання договору стороною передбачені у ст. 653 ЦК України зазначимо, що зобов'язання сторін первісного договору купівлі-продажу припиняються не з моменту досягнення домовленості між сторонами, а з моменту спливу строку (терміну), встановленого у договорі про придбання права на одностороннє розірвання договору, якщо управлена сторона не заявить про його виконання.

Договір на придбання права на одностороннє розірвання договору повинен укладатися у тій самій формі, в якій укладено первісний договір купівлі-продажу, якщо інше не встановлено договором або законом чи не впливає із звичаїв ділового обороту (ст. 654 ЦК). Законодавством допускається можливість передбачити у первісному договорі положення про придбання права на одностороннє розірвання договору, а також укласти іншу додаткову угоду про це.

Слід зазначити, що оскільки у ст. 658¹ ЦК України не йдеться про порушення зобов'язання, то до неї не застосовуються положення про односторонню відмову від зобов'язання, відповідно до ст. 611 ЦК України.

Враховуючи те, що передача майна у власність означає, що покупець, набуваючи у приватну власність певне майно, вільно володіє, користується та розпоряджається ним слід зазначити, що у разі вилучення за рішенням суду товару у покупця на користь третьої особи на підставах, що виникли до продажу товару, продавець має відшкодувати покупцеві завдані збитки, якщо покупець не знав або не міг знати про наявність цих підстав (ст. 661 ЦК України).

Порядок укладення договору купівлі-продажу також залежить від різновиду цього договору. За загальним правилом договір купівлі-продажу вважається укладеним, коли між сторонами в потрібній у належних випадках формі досягнуто згоди зі всіх істотних умов (ст. 638 ЦК). Особливості передбачені договором роздрібною купівлі-продажу, зокрема з використанням автоматів продажу товарів, передбачено ч. 2 ст. 703 ЦК України та є укладеним з моменту вчинення покупцем дій, необхідних для одержання товару. З огляду на наведене, договір купівлі-продажу може бути як реальним (продавець передає, а покупець зобов'язується прийняти товар), так і консенсуальним (продавець зобов'язується передати, а покупець прийняти майно).

Враховуючи вищенаведені істотні та особливі умови договору купівлі-продажу зазначимо й про можливість існування випадкової умови, зокрема умови страхування товару. Так, відповідно до ст. 696 ЦК України договором може бути встановлений обов'язок продавця або покупця страхувати товар. Якщо сторона, яка зобов'язана страхувати товар, не застрахувала його, друга сторона має право застрахувати товар і вимагати відшкодування витрат на страхування або відмовитися від договору. Вибір сторони, на яку покладено обов'язок страхування товару, може залежати від того, як у договорі сформульовано положення щодо передавання товару покупцеві (ст. 663–664 ЦК), а також переходу ризику, пов'язаного із проданим товаром (ст. 668 ЦК). Так, наприклад, у сфері міжнародної торгівлі, зокрема Правила ІНКОТЕРМС передбачають два види страхування, зокрема вартість, страхування та фрахт, а також перевезення та страхування оплачено до...

. Відповідно до цих правил, продавець зобов'язаний за власний рахунок застрахувати вантаж відповідно до договору купівлі-продажу на умовах надання права покупцю або іншій особі, яка володіє страховим інтересом щодо товару, заявляти вимоги безпосередньо дол. Страховика, а також забезпечити покупця страховим полісом або іншим доказом страхового покриття витрат.

Другій стороні за договором купівлі-продажу законодавець також надає можливість самостійного вчинення дій, які зобов'язана була вчинити інша сторона, з вимогою відшкодування усіх витрат, пов'язаних із проведенням страхування товару. Враховуються й випадки, коли зобов'язана сторона здійснила страхування, однак із певними порушеннями вимог, визначених у договорі купівлі-продажу, зокрема страхування здійснювалось на меншу суму, або без урахування певних ризиків тощо. Друга сторона договору купівлі-продажу має право укласти додаткові договори страхування або взагалі відмовитися від договору.

Підсумовуючи, варто зазначити, що на сучасному етапі характерним є пошук моделей правового регулювання договірних зобов'язань, в тому числі й купівлі-продажу. Враховуючи значущість результатів роботи експертної групи, створеної для рекодифікації (оновлення) цивільного законодавства України, вбачаємо корисним вивчення у майбутньому з метою аналізу та дослідження можливостей використання для правового регулювання відносин купівлі-продажу, зокрема й прийняття спільних європейських норм та принципів, що надасть можливість створення європейської соціальної моделі, яка позиціонуватиметься як ідеал справедливості, зокрема для забезпечення захисту споживачів та малого бізнесу.

ЛІТЕРАТУРА:

1. Науково-практичний коментар Цивільного кодексу України: у 2 т. 6-те вид., перероб. і допов. / за заг. ред. О. В. Дзери (кер авт. кол.), Н. С. Кузнецової, В. В. Луця, Київ: Юрінком Інтер, 2019. Т. II. 1048 с.
2. Кузнецова Н.С., Кот О.О., Гриняк А.Б., Пленюк М. Д. Скасування Господарського кодексу України: потенційні наслідки та необхідні передумови. *Вісник Національної академії правових наук України* / редкол.: В. Тацій та ін. Харків : Право, 2020. Т. 27, № 1. С. 100–131.

3. Науково практичний коментар Господарського кодексу України / за заг. ред. В.С. Щербини, Н.Б. Пацуриї. Київ : Юрінком Інтер, 2019. 816 с.
4. Земельний кодекс України. *Відомості Верховної ради України (ВВР)*, 2002, № 3–4, ст. 27. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2768-14#Text> (дата звернення: 17.07.2020 р.).
5. Спеціальний порядок набуття права власності громадянами на окремі види майна (Додаток № 2 до Постанови Верховної Ради України «Про право власності на окремі види майна» від 17 червня 1992 р. № 2471-XII).
6. Повний перелік видів майна, що не можуть перебувати у власності громадян тощо наданий у Постанові Верховної Ради України «Про право власності на окремі види майна» від 17 червня 1992 року № 2471-XII.
7. Майданик Р.А. Розвиток приватного права України: монографія. Київ : Алерта, 2016. 226 с.
8. Халабуденко О. А. Имущественные права. Книга 1. Вещное право. Междун. Независимый ун-т Молдовы, 2011. 305 с.
9. Цивільне право України. Кн. 2. Київ, 1999. 384 с.
10. Сліпченко А.С. Питання визначення поняття «майно». Проблеми цивільного права та процесу: тези доп. Учасників наук.-прак. конф., присвяч. 95-й річниці від дня народження О.А. Пушкіна (Харків, 22 травня 2020 р.) / МВС України, Харків. нац. ун-т внутр. справ; Харків. обласний осередок Всеукр. громад. Орг. «Асоціація цивілістів України». Харків : ХНУВС; Право, 2020. 400 с.
11. Закон України «Про товарну біржу». *Відомості Верховної ради України (ВВР)*, 1992, № 10, ст. 139. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1956-12#Text> (дата звернення: 17.07.2020 р.).
12. Про затвердження Положення про функціонування фондових бірж. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/z2082-12#Text> (дата звернення: 16.07.2020 р.).
13. Закон України «Про публічні закупівлі». *Відомості Верховної Ради України (ВВР)*, 2016, № 9, ст. 89 URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/922-19#Text> (дата звернення: 15.06.2020 р.).
14. Закон України «Про цінні папери та фондовий ринок». *Відомості Верховної Ради України (ВВР)*, 2006, № 31. Ст. 268. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/3480-15#Text> (дата звернення: 16.07.2020 р.).
15. Поєнок А.О. Договір роздрібної купівлі-продажу товарів за законодавством України. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03. Київ, 2018. 210 с.
16. Закон України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо корпоративних договорів». URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1984-19#Text> (дата звернення: 17.07.2020 р.).

УДК 347.4

DOI <https://doi.org/10.51989/NUL.2021.1.6>

АКЦІОНЕРНИЙ ДОГОВІР У СФЕРІ КОРПОРАТИВНИХ ПРАВОВІДНОСИН: СУЧАСНІ РЕАЛІЇ ТА ТЕНДЕНЦІЇ РОЗВИТКУ

Хоменко Вікторія Олександрівна,

кандидат юридичних наук,

в.о. старшого наукового співробітника

відділу дослідження проблем взаємодії держави та громадянського суспільства

Київського регіонального центру

Національної академії правових наук України

У статті досліджуються сучасні реалії та тенденції розвитку акціонерного договору. Зазначено, що акціонерний договір є одним з елементів диспозитивності у врегулюванні корпоративних правовідносин між акціонерами.

Зазначається, що таке правове явище, як акціонерний договір, було введено з метою посилення засад диспозитивності у «надто заімперативізованому», на думку окремих фахівців, корпоративному праві. Виходячи з положень акціонерного законодавства таким договором можуть визначатися особливості здійснення його сторонами своїх прав на акції і (або) прав, посвідчених акціями, виходячи з обставин, які не врегульовані законодавством або статутом кожного АТ. З цієї точки зору акціонерний договір слід вважати регулятором корпоративних правовідносин.

Наводяться два базових підходи до розуміння ролі акціонерного договору у впливі на регулювання корпоративних правовідносин. Також акцентується увага на проблематиці можливості включення диспозитивних норм до акціонерного законодавства та на встановленні гнучкого нормативного забезпечення здійснення корпоративних прав акціонерами у межах договірних відносин.

Зазначається про передовий досвід окремих країн, в яких досліджуваний договір вже має визнання у правозастосуванні. Наголошено, що акціонерний договір не має охоплювати своїм предметом відносини, врегульовані імперативними нормами законодавства, і не може за своїм значенням замінювати собою статут товариства. Також наводяться головні права і обов'язки сторін акціонерного договору та визначаються особливості предмету зазначеного виду договору.

Автор статті вважає, що акціонерний договір є формою фіксації можливостей та передумов для успішного здійснення немайнових корпоративних прав, підвищення координованості й узгодженості вчинюваних акціонерами у майбутньому майнових правочинів, створення умов для попередження несприятливих для АТ наслідків (наприклад, виникнення корпоративних конфліктів або недружнього поглинання товариства, тощо).

Ключові слова: корпоративні правовідносини, акціонерний договір, диспозитивність, акціонери, акціонерне товариство.

Khomenko Viktoriia. Shareholders' agreement in corporate law relations: present-day realities and development trends

The article studies the present-day realities and development trends of a shareholders' agreement. It is stated that a shareholders' agreement is one of the elements of a discretionary nature in the regulation of corporate law relations between shareholders.

The author emphasizes that such a phenomenon as a shareholders' agreement was introduced to strengthen the fundamentals of a discretionary nature in "extremely imperial", according to some experts, corporate law. Keeping in mind corporate legislation provisions, such an agreement can be interpreted as the features of the exercise by its parties of their share rights and (or) rights attached to shares based on cases which are not regulated by the law or a charter of every JSC. From this perspective, a shareholders' agreement should be regarded as a regulator of corporate law relations.

The research puts forward two basic approaches to the understanding of a role of a shareholders' agreement in the context of the influence on the regulation of corporate law relations. The focus is on the problems of including discretionary rules into the corporate legislation and on the establishment of flexible statutory support of the exercise of stakeholders' corporate rights under the contractual relations.

The author mentions the best practices of some countries where the agreement under study is recognized in law enforcement practice. It is emphasized that a shareholders' agreement shall not cover the relations regulated by the imperative rules and can't substitute JSCs statutes. The key rights and obligations of the parties of a shareholders' agreement are specified, and features of the subject-matter of the relevant type of agreement are determined.

The researcher believes a shareholders' agreement is a form of the fixation of opportunities and preconditions for the successful implementation of non-material corporate rights, the improvement of coordination and coherence of property transactions committed by stakeholders in the future to prevent consequences unfavorable for JSC (for example, corporate conflicts or hostile takeover etc.).

Key words: corporate law relations, stakeholders' agreement, discretionary nature, joint stock company.

Корпоративні правові зв'язки для української правової дійсності, порівняно з деякими іншими приватними правовідносинами, є новими та, з певною умовністю, недостатньо вивченими.

Одним з елементів диспозитивності у врегулюванні корпоративних правовідносин між акціонерами, що передбачений законодавством України, є акціонерний договір, який, відповідно до ст. 26¹ Закону України «Про акціонерні товариства», іменується договором між акціонерами. Для корпоративного сектору відповідна договірна конструкція є новою, що, відповідно, зумовлює певні непорозуміння під час її застосування. Проте не лише прикладне використання такого договору містить проблематику, нестабільність чинного корпоративного законодавства – ось основний стрижень корпоративної проблематики. На швидкоруч прийнятий у 2008 році Закон України «Про акціонерні товариства», яким вперше була введена відповідна договірна конструкція, без достатнього аналізу її сутності, напевне більше «оголив» проблематику акціонерних правовідносин та їх правове забезпечення, ніж врегулював відповідні правові зв'язки.

Одним з проблемних аспектів нормативного забезпечення корпоративних правовідносин у рамках АТ є вирішення питання переваги між диспозитивними чи імперативними засадами їх регулювання, що ґрунтується на різночитаннях у розу-

міння категорії «корпорація» за романо-германською (переважає розуміння її як реального існуючого суб'єкта – юридичної особи) та англосаксонською правовими сім'ями (переважно пріоритет віддається теорії уособлення та її різновидам (наприклад, теорії контрактів тощо)).

Встановлюючи пріоритетність диспозитивності чи імперативності регулювання конкретних правових зв'язків, слід зауважити, що у сфері приватного права, до якого відносяться й корпоративні правовідносини, основу становлять диспозитивні засади, що є похідним із ст. 1 ЦК України (юридична рівність суб'єктів, їх вільне волевиявлення та майнова самостійність). Проте сутність розуміння самої категорії «диспозитивність», за словами Н.С. Кузнецової, ще не до кінця є пізною [1, с. 49].

Таке правове явище, як акціонерний договір, було введено з метою посилення засад диспозитивності у «надто заімперативізованому», на думку окремих фахівців, корпоративному праві. Виходячи з положень акціонерного законодавства таким договором можуть визначатися особливості здійснення його сторонами своїх *прав на акції* і (або) *прав, посвідчених акціями*, виходячи з обставин, які не врегульовані законодавством або статутом кожного АТ. З цієї точки зору акціонерний договір слід вважати регулятором корпоративних правовідносин.

Можна зазначити на існуванні двох базових підходів до розуміння ролі акціонерного договору у впливі на регулювання корпоративних правовідносин. За першим такий договір не має підміняти собою положення законодавства та статуту товариства; за другим – він може встановлювати не лише зобов'язальні відносини, але й мати істотний вплив на внутрішні корпоративні правовідносини. Для виключення порушень і зловживань вчені, які підтримують перший підхід, вважають за необхідне при побудові моделі акціонерного договору у законодавстві використовувати конструкції «генетично» родинних правопорядків і відмовитися від рецепції тих інститутів, які є «чужорідними» нашій системі права [2, с. 23–28]. Таким родинним правопорядком пропонується визнати німецьке цивільне право. Всупереч вказаному зазначено, що не слід поспішно робити висновки про можливість рецепції правових інститутів лише з «генетично родинних правопорядків» [3, с. 19].

На думку іноземних фахівців, обов'язковими є імперативні норми законодавства та статуту товариства [4; 5; 6]. Інше питання, наскільки законодавство допускає регулювання корпоративних відносин за допомогою договірних конструкцій, тобто якими є межі використання договорів при регулюванні корпоративних правових зв'язків.

Укладаючи акціонерний договір сторони мають брати до уваги: 1) *загальні обмеження свободи договору* (дотримання законодавчих імперативних норм; не порушувати права акціонерів конкретного АТ і третіх осіб; заборона звільнення від відповідальності його сторін); 2) *спеціальні обмеження свободи договору* (наприклад, заборона в такому договорі зобов'язувати його сторони голосувати відповідно до вказівок органів товариства тощо). При цьому якщо акціонерний договір не суперечить зазначеним обмеженням, то свобода його укладення та дійсність не може бути поставлена у залежність від його змісту і збалансованості в договорі взаємних зобов'язань сторін [3, с. 220].

Отже, актуалізується проблематика можливості включення диспозитивних норм до акціонерного законодавства та про встановлення гнучкого нормативного забезпечення здійснення корпоративних прав акціонерами у межах договірних відносин. Наша позиція підтверджується думкою Н.С. Кузнецової, яка, аналізуючи положення Закону України «Про акціонерні товариства» звертає увагу, що значна частина механізмів регулювання акціонерних відносин виписані недостатньо чітко, у самому загальному вигляді, що потребує їх постійного уточнення та тлумачення і часто породжує чисельні корпоративні спори [1, с. 13].

Проблематика визнання акціонерних договорів джерелом регулювання корпоративних правових зв'язків полягає у неможливості встановлення ними норм, що будуть загальнообов'язковими та підлягатимуть багаторазовому застосуванню, у т. ч. учасниками корпоративних правовідносин, які не є сторонами таких договірних конструкцій. Проте, звертається увага, що у окремих випадках акціонерний договір встановлює обов'язкові правила поведінки не лише для акціонерів, під час реалізації останніми корпоративної правоздатності, але також і для інших осіб, у т. ч. корпорації, що вказує на його нормативну природу і дозволяє віднести до джерел права [7, с. 64].

Отже, відносини між акціонерами, врегульовані акціонерним договором, є зобов'язальними, а не корпоративними, незважаючи на його спрямування забезпечити належне здійснення (утримання від здійснення) корпоративних прав акціонерами. Відсутність нормативності та загальнообов'язковості акціонерного договору підтверджується можливістю його конфіденційності, оскільки про факт укладення такої договірної конструкції може бути навіть нікому невідомо, крім сторін, які його уклали, не говорячи вже про третіх осіб і державні органи. Акціонерний договір хоча й містить норми, ці норми є не локальними, а індивідуальними регуляторами, що не поширюються на

сферу функціонування й діяльності товариства.

У цивілістиці переважаючою є позиція про субсидіарний характер акціонерного договору щодо статуту та засновницького договору. Це пояснюється імперативним характером законодавчих норм, які визначають правову природу установчих документів. Згідно з п. 1 ч. 1 ст. 117 ЦК України учасники господарського товариства зобов'язані дотримуватися установчих документів, що свідчить про їх обов'язковий характер. Тому статут товариства слід визнати корпоративним актом, що має вищу юридичну чинність й соціальну значимість серед усіх корпоративних актів. Низка законодавчих положень (наприклад, ст. 13 Закону України «Про акціонерні товариства») встановлює імперативні вимоги до змісту статуту. Вважаємо, що якщо питання, визначені нормами закону, не відображені в установчих документах, то включення їх у зміст інших корпоративних актів та правочинів, у т. ч. й у зміст акціонерного договору, не допускається. Іншими словами, такий договір не може містити положення, які згідно з імперативною вказівкою закону мають визначатися установчими документами. Він, виконуючи функцію додаткового регулятора правовідносин між акціонерами, може бути спрямований лише на розвиток, доповнення та деталізацію положень статуту.

На нашу думку, щодо статуту АТ акціонерний договір займає другорядне (допоміжне) значення, конкретизуючи його положення у контексті здійснення (утримання від здійснення) корпоративних прав та вирішення «тупикових» ситуацій, які склалися під час їх реалізації. Створивши конструкцію такого договору як субсидіарного документу щодо статуту законодавець несвідомо допустив правову невизначеність.

Використання конструкції акціонерного договору в рамках корпоративних правовідносин зумовлена використанням засад диспозитивності. Разом з тим під час реалізації принципу диспозитивності необхідно дотримуватися меж, що містяться в імпера-

тивних корпоративних нормах. Диспозитивність як основа для закріплення в рамках акціонерного договору не зумовлює вседозволеності, а передбачає можливість домовленості між його сторонами порядку здійснення (утримання від здійснення) акціонерами належних їм корпоративних прав. Зокрема, сторони такого договору мають уникати включення до його змісту вирішення тих питань, які стосуються інтересів усіх акціонерів конкретного АТ, крім випадків, коли договір укладено між усіма акціонерами такого товариства.

Акціонерний договір, не лише регулюється нормами корпоративних (локальних) актів, але й сам є різновидом акту піднормативного регулювання – актом індивідуального правового регулювання корпоративних правовідносин. Однак індивідуально-правове регулювання за допомогою такого договору, матиме достатнє поширення в силу подальшого збільшення самостійності й ініціативи товариств, зростання правосвідомості, зближення правопорядків різних країн, інтегрування іноземного капіталу в українську економіку й, звичайно ж, появи правозастосовної судової практики, що визнає не лише можливість існування відповідних договірних конструкцій, але і їх дієвість, регулятивну здатність і захищеність нормами права.

Співність положень ст. 26¹ Закону України «Про акціонерні товариства» щодо віднесення до предмету акціонерного договору можливості здійснення прав на акції.

Відповідно до ч. 1 ст. 26¹ Закону України «Про акціонерні товариства» договір між акціонерами товариства – це договір, предметом якого є реалізація акціонерами-власниками простих та привілейованих акцій прав на акції та/або прав за акціями, передбачених законодавством, статутом та іншими внутрішніми документами товариства. Вважаємо, що легальне визначення «договору між акціонерами» викликає масу дискусійних питань, у т.ч. й щодо предмету досліджуваної договірної конструкції.

Щодо назви самої договірної конструкції, за допомогою якої акціонери можуть

здійснювати (утримуватися від здійснення) належні їм корпоративні права, то в юриспруденції звертається увага на невідповідність такої назви змісту відносин, що нею опосередковані. Так, Є.О. Суханов зауважує, що домовленість учасників публічних та приватних корпорацій (*shareholders agreement*), яка досить вільно визначає правове становище їх учасників, в результаті не досить точного перекладу отримала назву «акціонерний договір» (наприклад, в Італії вони отримали назву «договори, супутні корпоративно-правовим домовленостям») [8, с. 216]. У продовження наведеного підкреслюється й неточність використання терміну «корпоративний договір», який запропонованого проектом нової редакції Закону України «Про акціонерні товариства», що зумовлено ізольованим його використанням без додаткових уточнень та не є коректним, оскільки корпоративним (іншими словами, договором щодо корпорації) може бути названо і установчий договір, і договір про створення товариства. Зазначається, що більше точним було б використання терміну «договір про здійснення прав учасників господарських товариств», оскільки він чіткіше відображає предмет цього договору – визначення договором порядку здійснення корпоративних прав учасників господарських товариств [9, с. 93].

Доречно звернути увагу на важливість правильного визначення предмета договору, оскільки: 1) він сукупно з деякими іншими елементами дозволяє виділити договір з ряду схожих цивільно-правових договорів, 2) правильне й чітке його визначення є підґрунтям для подальшого узгодження усіх інших умов договору та 3) умови про предмет договору індивідуалізують предмет виконання за зобов'язанням, що виникло з договору [10, с. 107]. Слід констатувати, що сучасний стан цивілістичних вчень про предмет договору відрізняється відсутністю єдиного підходу. Зокрема, пропонується предметом договору розуміти: 1) дії сторін; 2) матеріальне благо, з приводу якого

укладається договір; 3) дії та матеріальне благо (одночасно). Переважаючим є розуміння комплексності предмету договору – одночасно і дії, і матеріального блага [11, с. 83].

Щодо акціонерного договору в юриспруденції запропоновано об'єм категорії *shareholders' agreements* розкривати через договори: а) про голосування (*voting agreements*); б) позики цінних паперів (*securities lending agreements*); в) про обмеження прав розпорядження акціями (*restriction on transfer of shares agreements*); г) про передачу права голосу за акціями (*transfer of voting rights agreements*); ґ) контролюючого акціонера та публічної компанії (*relationship agreements*); д) про спільну діяльність (*joint venture agreements*) [12, с. 194–201]. Як бачимо, основна проблематика, на вирішення якої покликано конструкцію акціонерного договору, стосується порядку здійснення (утримання від здійснення) немайнових корпоративних прав акціонерів, пов'язаних з управлінням товариством.

Вважаємо, що акціонерний договір є формою фіксації можливостей та передумов для успішного здійснення немайнових корпоративних прав, підвищення координованості й узгодженості вчинюваних акціонерами у майбутньому майнових правочинів, створення умов для попередження несприятливих для АТ наслідків (наприклад, виникнення корпоративних конфліктів або недружнього поглинання товариства, тощо). Звідси, укладення акціонерного договору передбачає визначення на майбутнє порядку здійснення всіма акціонерами товариства або частиною з них належних їм немайнових корпоративних прав.

Важливим є передовий досвід окремих країн, в яких досліджуваний договір вже має визнання у правозастосуванні. Так, в Італії предмет акціонерного договору є досить обмеженим: а) здійснення права голосу в АТ або в його «материнській» компанії; б) обмеження передачі акцій або участі в таких компаніях; в) спільне здій-

снення контролю над дочірньою компанією (ст. 2341-bis ЦК) [13]. У той же час за законодавством РФ (п. 1 ст. 32.1 Закону РФ «Про акціонерні товариства») предмет акціонерного договору визначається шляхом перерахування кола питань, що входять до нього, а саме: 1) здійснення (використання певним чином) прав, посвідчених акціями; 2) здійснення (використання певним чином) прав на акції; 3) утримання від здійснення прав, посвідчених акціями; 4) утримання від здійснення прав на акції.

Для порівняння у країнах, законодавство яких не містить чіткої регламентації акціонерного договору, відповідна договірна конструкція предметно не визначена і враховує національні особливості регулювання корпоративних правовідносин. Так, у Франції такі договори в принципі можуть стосуватися лише голосування акціонерів та виключно на конкретних зборах (а не протягом якого-небудь строку), а також піддані іншим серйозним обмеженням [14, с. 221]. Положення такого договору може бути визнане недійсним, якщо воно не відповідає корпоративному законодавству Франції [14, с. 162]. Натомість законодавство Німеччини передбачає, що акціонерний договір може містити положення, які часто зустрічаються у статутах та розглядається як «договори, що пов'язують право голосу» або «договори, що пов'язують акціонерів» (тобто договори про здійснення немайнових прав акціонерів) [14, с. 162]. Аналогічне можна вказати й про положення ст. 551 Кодексу про компанії Бельгії, за якою акціонерні договори є звичайними договірними конструкціями, предметом регулювання яких є права голосу з акцій та майнові права на акції.

В Англії перелік положень, що складають предмет такого договору, є відкритим і може охоплювати будь-які питання, пов'язані з управлінням та діяльністю компанії. Виходячи з переліку питань, які має врегульовувати акціонерний договір за законодавством цієї країни, складається уява, що він є додатком до статуту компанії [9; 14; 15]. Однак це не відповідає дійсності, оскільки: а) договір є самостій-

ною домовленістю його сторін і не підміняє статут компанії; б) договір є дійсним лише для акціонерів компанії [16, с. 566–567]; в) такий договір може бути спрямований на захист прав однієї групи акціонерів і тверде обмеження прав інших акціонерів [17, с. 37].

Невизначеність на рівні законодавства предмету акціонерного договору зумовлює наукову дискусію щодо його визначення. В юриспруденції, серед запропонованих підходів з цього питання, слід виокремити розуміння предмету акціонерного договору як: 1) організаційних прав, якими володіє учасник корпорації та управління ними [11, с. 139]; 2) регламентація порядку здійснення корпоративних прав учасників товариства [18, с. 68]; 3) організаційно-майнових правовідносин [19, с. 37]; 4) певних дій (утримання від них), які породжують договірне зобов'язання, що «обтяжує не цінні папери», а осіб (сторін договору) [20, с. 50]; 5) встановлення переважного права на придбання акцій, зобов'язання з'явитися для участі у загальних зборах, голосувати на них певним чином, обмеження права відчужувати акції, відмова від отримання дивідендів тощо [21, с. 49–50; 22, с. 186–197]; 6) прав на дивіденди, від яких акціонери вправі відмовитися на користь іншого акціонера [23, с. 65].

Правова доктрина України щодо предмета акціонерного договору також містить різні підходи до цього питання та розширене його тлумачення. Так, запропоновано предмет такого договору розуміти через домовленості: а) голосувати певним чином; б) погоджувати варіанти голосування з іншими особами; в) різні дії щодо управління, реорганізації та ліквідації АТ; г) відмову від наглядової ради або пряме передбачення особи, що управлятиме приватним АТ; г') видача окремим акціонерам доручення на участь в загальних зборах; д) набуття або відчуження акцій за заздалегідь визначеною ціною і при настанні певних обставин; е) утримання від відчуження акцій до настання певних обставин; є) передача іншим акціонерам

дивідендів; умови про розподіл прибутку непропорційно кількості акцій; ж) умови про заборону вимагати ліквідації АТ тощо [19, с. 37; 11, с. 159; 22, с. 186–187].

Вважаємо, що предмет акціонерного договору можуть становити лише такі зобов'язання, щодо здійснення (утримання від здійснення) акціонерами своїх прав, які вичерпно не врегульовані корпоративним законодавством або статутом товариства. Тому буде недійсною умова про предмет такого договору, що передбачає зобов'язання його сторін з питань, які не можуть регулюватися в диспозитивному порядку шляхом установавлення правил поведінки, що відрізняються від тих, які визначені імперативними нормами. В юридичній літературі з цього приводу зазначено, що оскільки порядок прийняття рішень органами управління АТ визначається статутом, то така норма не може бути предметом акціонерного договору. Акціонери мають право визначити особливості здійснення свого права голосу при прийнятті рішень, які ухвалюються загальними зборами акціонерів, але не мають права, наприклад, змінити порядок голосування або інші правила, які є обов'язковими для всіх акціонерів [23, с. 169].

Як бачимо, такі договори практично жодним чином не впливають на сферу корпоративного управління та, напевно, єдиним аспектом, який буде можливим до врегулювання ними, стане процедура голосування акціонерів з питань формування органів управління в частині узгодження варіанту свого голосування з іншими акціонерами. Встановлення ж процедури формування, порядку діяльності та повноважень органів управління повністю залишиться в сфері дії корпоративних документів самого товариства, домовленості акціонерів не будуть відіграти тут ніякої ролі [24, с. 7]. Отже, основну увагу в акціонерному договорі необхідно приділяти способам здійснення (утримання від здійснення) суб'єктивних корпоративних прав і виконання корпоративних обов'язків кожним з акціонерів, що уклали договір.

Особливістю предмета акціонерного договору є те, що він передбачає не безпосереднє здійснення прав акціонерів, а таку модель їх поведінки, яка містить вибір певного способу здійснення прав акціонерів у майбутньому або умов здійснення цих прав, або умов, до настання яких права не будуть здійснюватися. По суті, мова йде про певні самообмеження акціонерами щодо здійснення (утримання від здійснення) належних їм прав. У такому разі акціонери обирають певні способи здійснення своїх прав або визначають умови, при настанні яких вони будуть здійснювати свої права або, до настання яких, вони будуть утримуватися від їх здійснення.

Акціонерний договір не має охоплювати своїм предметом відносини, врегульовані імперативними нормами законодавства, і не може за своїм значенням замінювати собою статут товариства. Якщо норма є диспозитивною і припускає вибір варіанту поведінки, відносини, врегульовані такою нормою, можуть регулюватися й акціонерним договором. Слід погодитися з тим, що такий договір може укладатися на майбутнє і для конкретизації положень статуту АТ, але не може їм суперечити [23, с. 166–171].

Умови акціонерного договору не мають призводити до порушення прав інших акціонерів, а також третіх осіб, які не є його стороною. Зважимо, що порядок здійснення акціонерами прав, передбачений акціонерним договором, може передбачати покладення на них обов'язків як активного типу (вчинити певні дії), так і пасивного типу (утриматися від вчинення дій).

Метою укладення акціонерного договору є встановлення меж здійснення (утримання від здійснення) суб'єктивних корпоративних прав акціонерами. Якщо взяти за основу вимоги ст. 26¹ Закону України «Про акціонерні товариства», то акціонерним договором можуть бути передбачені такі зобов'язання сторін: а) голосувати певним чином на загальних зборах акціонерів; б) погоджувати варіант голосування з іншими акціонерами;

в) набувати або відчужувати акції за заздалегідь визначеною ціною та (або) при настанні певних обставин; г) утримуватися від відчуження акцій до настання певних обставин; г') здійснювати узгоджено інші дії, пов'язані з управлінням товариством, з діяльністю, реорганізацією та ліквідацією АТ; д) визначати порядок одержання доходів за цінними паперами (дивідендів).

ЛІТЕРАТУРА:

1. Кузнецова Н.С. Совершенствование механизма правового регулирования гражданских правоотношений. *Актуальні проблеми цивільного, сімейного та міжнародного приватного права (Матвеевські цивілістичні читання). Матеріали міжнар. наук.-практ. конф.* (Київ, 10 листоп. 2011 р.). Київ : Алерта, 2012. С. 49.
2. Суханов Е.А. Уставный капитал хозяйственного общества в современном корпоративном праве. *Вестник гражданского права*. 2012. № 2. С. 23–28.
3. Бородин В.Г. Гражданско-правовое регулирование корпоративного договора: дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.03 / Рос. гос. ун-т правосудия. Москва, 2015. 255 с.
4. FitzGerald S., Muth G. Shareholders' agreements. Fifth edition. Sweet & Maxwell. London, 2009. P. 5.
5. Ода Х. Акционерные соглашения: осторожный шаг вперед. *Вестник гражданского права*. 2010. № 1. С. 133–135.
6. Степанов Д.И., Фогель В.А., Шрамм Х.И. Корпоративный договор: подходы российского и немецкого права к отдельным вопросам регулирования. *Вестник Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации*. 2012. № 10. С. 22–69.
7. Варюшин М.С. Гражданско-правовое регулирование корпоративных договоров: сравнительный анализ: монография. Москва : Юрлитинформ, 2016. 158 с.
8. Суханов Е.А. Сравнительное корпоративное право. Москва : Статут, 2014. 456 с.
9. Осипенко К.О. Правовое регулирования договора об осуществлении прав участников хозяйственных обществ в ГК Российской Федерации и английском праве. *Корпоративное право: актуальные проблемы* / под ред. Д.В. Ломакина. Москва : Инфотропик Медиа, 2015. 256 с.
10. Блажівська О.Є. Договір про спільну діяльність: дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.03 / Львів. нац. ун-т ім. Івана Франка. Львів, 2007. 235 с.
11. Сигидин М.М. Корпоративний договір: дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.03 / Прикарпат. нац. ун-т імені Василя Стефаника. Івано-Франківськ, 2016. 236 с.
12. Miliauskas P. Company law aspects of shareholders' agreements in listed companies: Doctoral dissertation. Vilnius. Vilnius University, 2014. P. 194–201
13. Суханов Е.А. Корпоративные соглашения в современном российском и зарубежном праве. Гражданское общество и развитие гражданского права: Сб. ст. к юбилею докт. юрид. наук, проф. Н.С. Кузнецовой / Отв. ред. Р.А. Майданик и Е.В. Кохановская. Киев : ЧАО «Юридическая практика», 2014. С. 180–181; Суханов Е.А. Сравнительное корпоративное право. Москва : Статут, 2014. 456 с.
14. Макарова О.А. Корпоративное право: курс лекций. Москва : Волтерс Клувер, 2010. 420 с.
15. Reece Thomas K., Ryan C. L. The Law and Practice of Shareholders' Agreements. London: LexisNexis. *Butterworths Law*. 2014. P. 51.
16. Palmer's Company Law: Annotated Guide to the Companies Act 2006. Sweet & Maxwell. P. 566–567.
17. Осипенко К.О. Соглашения участников (акционеров) в российском и английском праве. *Законодательство*. 2010. № 4. С. 29–37.
18. Иноземцев М.И. Ответственность сторон за нарушение акционерного соглашения по праву России и зарубежных государств : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.03 / Моск.

гос. инст. междунар. отношений (университет) Министерства иностранных дел РФ. Москва, 2017. С. 186.

19. Венедіктова І.В. Реалізація охоронюваного законом інтересу при укладенні корпоративних угод. *Проблеми охорони прав суб'єктів корпоративних відносин: Матеріали Міжнар. наук.-практ. конф., присвяч. 10-й річниці створення Лабораторії з вивчення проблем корпоративного права НДІ приват. права і підприємництва НАПрН України (Івано-Франківськ, 23–24 верес. 2011 р.)*. Івано-Франківськ : Прикарпат. нац. ун-т імені Василя Стефаника, 2012. С. 78–84.

20. Поваров Ю.С. К вопросу о «взаимодействии» акционерного соглашения с иными юридическими фактами. *Перші юридичні диспути з актуальних проблем приватного права, присвячені пам'яті Є. В. Васьковського: матеріали Міжнар. наук.-практ. конф.* (Одеса, 15–16 квіт. 2011 р.). / відповід. ред. І.С. Канзафарова ; Одес. нац. ун-т ім. І. І. Мечнікова. Одеса: Астропринт, 2011. 597 с.

21. Новоселова Л.А. Реформа российского корпоративного права: цели и перспективы. *Актуальні проблеми цивільного, сімейного та міжнародного приватного права (Матвєєвські цивілістичні читання). Матеріали міжнар. наук.-практ. конф.: у 2 т. Т. 1.* (Київ, 19 жовт. 2012 р.). ТОВ «Білоцерківдрук», 2013. С. 49–50.

22. Спасибо-Фатєєва І.В. Акціонерні угоди. *Право України*. 2009. № 12. С. 186–197.

23. Бондарєв Е.М. Дискусійні питання визначення предмету акціонерного договору. *Європейські перспективи*. 2020. № 1. С. 165–172.

24. Чернышев А. Акционерные соглашения: желания и возможности. *Корпоративный юрист*. 2008. № 9. С. 5–7.

НОВЕ УКРАЇНСЬКЕ ПРАВО

Випуск 1

Коректура • Ірина Миколаївна Чудеснова

Комп'ютерна верстка • Наталія Сергіївна Кузнєцова

Формат 60x84/8. Гарнітура Times New Roman.
Папір офсет. Цифровий друк. Ум.-друк. арк. 6,74. Замов. № 0121/12. Наклад 300 прим.

Видавництво і друкарня – Видавничий дім «Гельветика»
03150, м. Київ, вул. Велика Васильківська 74, оф. 7
Телефон +38 (048) 709 38 69,
+38 (095) 934 48 28, +38 (097) 723 06 08
E-mail: mailbox@helvetica.com.ua
Свідоцтво суб'єкта видавничої справи
ДК № 6424 від 04.10.2018 р.