

МІНІСТЕРСТВО ВНУТРІШНІХ СПРАВ УКРАЇНИ
Дніпропетровський державний університет внутрішніх справ

**РЕФОРМУВАННЯ ЗОБОВ'ЯЗАЛЬНОГО ПРАВА
В УМОВАХ ГЛОБАЛІЗАЦІЙНИХ ВИКЛИКІВ**

Монографія

Дніпро
Видавець Біла К. О.
2021

*Рекомендовано до друку Вченою радою
Дніпропетровського державного університету
внутрішніх справ (протокол № 4 від 25.11.2021 року)*

Рецензенти:

- Кірін Р. С.** – д-р юрид. наук, доц., провідний науковий співробітник Державної установи «Інститут економіко-правових досліджень імені В. К. Макутова НАН України», судовий експерт відділу досліджень у сфері інформаційних технологій Дніпропетровського науково-дослідного експертно-криміналістичного центру МВС України;
- Донський В. В.** – канд. юрид. наук, начальник відділу правового забезпечення Головного управління Національної поліції в Дніпропетровській області

Колектив авторів:

канд. юрид. наук **Резворович К. Р.**; д-р юрид. наук, проф., Заслужений діяч науки і техніки України **Юнін О. С.**; канд. юрид. наук, доц. **Круглова О. О.**; канд. юрид. наук, доц. **Юніна М. П.**; канд. юрид. наук **Ярошенко А. С.**; **Нагорна О. О.**; **Мітусова К. С.**; **Костенко О. М.**; **Логінова М. В.**

Р 45 Реформування зобов'язального права в умовах глобалізаційних викликів : моногр. / кол. авт. [Резворович К. Р., Юнін О. С., Круглова О. О. та ін.] – Дніпро : Видавець Біла К. О., 2021. – 248 с.

ISBN 978-617-645-453-3

У монографії висвітлюються актуальні питання змін та розвитку інститутів зобов'язального права України в умовах глобалізованої економічної, політичної та культурної інтеграції та уніфікації. Монографія містить комплексний аналіз теоретичних і практичних проблем правового регулювання зобов'язальних відносин: поняття зобов'язання у цивільному праві, його об'єкту, змісту тощо. У процесі дослідження формується цивільно-правова теорія зобов'язань у системі цивільного права.

Видання адресоване педагогам, науковцям, юристам, здобувачам вищої освіти та усім, хто цікавиться проблемами розвитку зобов'язального права.

УДК 347.4

АНОТАЦІЯ

Монографія «Реформування зобов'язального права в умовах глобалізаційних викликів» присвячена дослідженню змін та розвитку інститутів зобов'язального права України в умовах всесвітньої економічної, політичної та культурної інтеграції та уніфікації.

У монографії наведено матеріали, присвячені проблемі основних тенденцій та напрямків змін у вітчизняному законодавстві, що регулює зобов'язальні правовідносини, проаналізований понятійний апарат у сфері реалізації приватних прав та інтересів учасників зобов'язань.

Запропоновані матеріали можуть бути використані викладачами та здобувачами вищої освіти у процесі вивчення навчальних дисциплін «Цивільне право» та «Приватне право», монографія стане у нагоді викладачам закладів вищої освіти III–IV рівня акредитації.

Монографія містить комплексний аналіз теоретичних і практичних проблем правового регулювання зобов'язальних відносин: поняття зобов'язання у цивільному праві, його об'єкту, змісту тощо. У процесі дослідження формується цивільно-правова теорія зобов'язань у системі цивільного права. Розглянуто питання щодо сутності зобов'язань та обґрунтовано необхідність розгляду їх в якості підгалузі цивільного права (зобов'язального права) та як специфічних цивільних відносин. Запропоновані шляхи реформування цивільного законодавства у сфері зобов'язальних правовідносин.

Авторами досліджені елементи зобов'язальних правовідносин. Проаналізовані права та обов'язки сторін зобов'язальних відносин та доведено можливість виокремлення у зобов'язальному правовідношенні декількох різновидів обов'язків: обов'язки з надання (борг), які можна поділити на основні та додаткові; охоронні обов'язки, кредиторські обов'язки. Доведено можливість виокремлення у зобов'язальному правовідношенні декількох різновидів прав сторін: право вимоги кредитора, дебіторські

правоможності, секундарні права. Обґрунтовано існування немайнових зобов'язань, двосторонньо-зобов'язуючих зобов'язань.

Проаналізовано розвиток інституту зобов'язального права в історичному вимірі. Досліджена сутність та правова природа зобов'язань як цивільних правовідносин. Визначені практичні кроки на шляху адаптації національного законодавства у сфері зобов'язального права до права Європейського Союзу.

Мета монографії - формування у здобувачів вищої освіти комплексу глибоких знань у сфері чинного зобов'язального права та перспектив його модернізації.

Практичне значення одержаних під час підготовки монографії результатів полягає в можливості використання висновків та пропозицій наукової праці в правотворчій діяльності для удосконалення положень чинного цивільного законодавства України, що регулюють відносини із виникнення зобов'язань; у науково-дослідній сфері – для подальших досліджень проблем, пов'язаних з реформуванням законодавства у сфері зобов'язальних правовідносин; у правозастосовчій діяльності – шляхом їх застосування в діяльності судами при розгляді відповідних категорій справ, адвокатами, нотаріусами та іншими суб'єктами під час здійснення професійної діяльності; у навчальному процесі – під час викладання дисципліни «Цивільне право» та «Приватне право», при підготовці відповідних методичних та навчальних посібників, а також підручників для здобувачів вищої освіти.

Ключові слова: зобов'язання, зобов'язальне право, об'єкт зобов'язання, предмет зобов'язання, право вимоги, борг, об'єкт цивільних прав.

ЗМІСТ

| | |
|--|-----|
| ВСТУП..... | 6 |
| РОЗДІЛ 1. РЕФОРМУВАННЯ ЗОБОВ'ЯЗАЛЬНОГО ПРАВА В СУЧАСНИХ УМОВАХ | 9 |
| 1.1. Генеза дефініції «зобов'язання» в сучасних умовах..... | 9 |
| 1.2. Актуальні питання забезпечення виконання зобов'язання | 40 |
| 1.3. Адаптація зобов'язального права в умовах євроінтеграційних прагнень України | 67 |
| РОЗДІЛ 2. ШЛЯХИ ВДОСКОНАЛЕННЯ ПРАВОВОГО РЕГУЛЮВАННЯ ОКРЕМИХ ВИДІВ ЗОБОВ'ЯЗАНЬ | 96 |
| 2.1. Договір консалтингу та консультаційних послуг | 96 |
| 2.2. Договір франчайзингу..... | 148 |
| 2.3. Договір про надання фінансових послуг | 182 |
| 2.4. Деліктні зобов'язання | 206 |
| ВИСНОВКИ..... | 232 |
| СПИСОК ВИКОРИСТАНИХ ДЖЕРЕЛ | 235 |

ВСТУП

У системі законодавства, а саме цивільного права України, зобов'язальне право посідає важливе місце. Актуальність полягає в тому, що воно охоплює сукупність цивільно-правових норм, які регулюють майнові відносини, що складаються з підстав з передачі майна, виконання робіт, надання послуг, заподіяння шкоди або безпідставним придбанням майна.

Зобов'язальне право – одна з поширених підгалузей цивільного права, норми якого регулюють велике коло відносин, основне місце належить відносинам майнового характеру. Мова йде про договірні відносини, пов'язані з передачею майна від однієї особи до іншої у користування або у власність, виконанням робіт чи наданням послуг. Крім договірних відносин, зобов'язальне право регулює відносини, які виникають з односторонніх правомірних дій, безпідставного збагачення, заподіяння шкоди при цьому майнові відносини характеризуються значною різноманітністю.

Зобов'язальне право складається з двох частин Загальної та Особливої, до яких належать дев'ятнадцять окремих видів зобов'язань та специфічні за змістом, які можуть виникати: із рятуванням майна, із безпідставного збагачення або заподіянням шкоди, та ін. Зобов'язальне право відокремлює дві частини: загальні положення та окремі види зобов'язань, зміст яких включає в себе суб'єктивне право і відповідний йому обов'язок, або, іншими словами, права та обов'язки на стороні кожного учасника правовідносин. Регулюючі норми зобов'язання, складають один із основних інститутів цивільного права – зобов'язальне право. Зобов'язання – різновид цивільних правовідносин, зобов'язальні правовідносини характеризуються особливими рисами, специфічними ознаками, які дозволяють розглядати їх як окремий вид цивільних правовідносин.¹

¹ Дерев'янка Б.В. Зобов'язальне право : навч.-метод. посібник. Ч. I. МОН України, Українська академія банківської справи. Суми : УАБС, 2015. 106 с.

Суб'єкти суспільних відносини цивільного права, та які пов'язані з виконанням певних робіт чи наданні послуг, реалізацією продукції, а також відносини, які виникають внаслідок недозволених дій.

Зобов'язальні відносини встановлюються: між фізичними особами, юридичними особами, та між юридичними та фізичними особами. Оскільки не зважаючи на особливості, можна виділити в зобов'язаннях види за суб'єктним складом, за їх характером та цільовим призначенням які наділені певними спільними рисами – як юридичними, так і економічними. Цивільним кодексом України передбачено, що на підставі зобов'язання одна особа (боржник) зобов'язана вчинити на користь іншої особи (кредитора) певну дію: виконати роботу, передати майно, заплатити гроші або утриматися від певної дії, а кредитор має право вимагати від боржника виконання його обов'язків.²

Зобов'язальні правовідносини, регулюються нормами зобов'язального права, мають певну специфіку в цивільно-правових відносинах, що зумовлено наявністю юридичних особливостей зобов'язань, як специфічного виду цивільних правовідносин. Зобов'язання опосередковують процес переміщення майна або інших матеріальних результатів, які також мають майновий характер, таким чином, вони виступають як майнові цивільні правовідносини. З цією ознакою зобов'язання відмежовується від особистих немайнових відносин, але це не виявляє специфіки зобов'язань щодо інших цивільно-правових майнових відносин.³

Зобов'язання значно відрізняються від цивільних зобов'язань та правовідносин щодо власності, значна відмінність полягає в суб'єктивному складі, без значних особливостей змісту та об'єкта цих правовідносин. Юридичним об'єктом правовідносин власності є пасивна поведінка

² Цивільне право. Конспект лекцій для студентів спеціальності 081 «Право» денної та заочної форм навчання, Терещук Галина Андріївна. Луцьк: ЛНТУ, 2017. 267 с.

³ Зобов'язальне право. Під ред. Дзери О.В. К.: Юрінком Інтер, 1998.

зобов'язаних осіб, то у зобов'язаннях, спостерігають рух майна, боржники покликані до відповідних активних (позитивних) дій.

Специфіка зобов'язань з погляду характеристики юридичного об'єкта, полягає в функції юридичного об'єкта зобов'язання, та виступає як результат або доповнення до позитивних дій суб'єктів. Саме тому в зобов'язальних правовідносинах суб'єктивне право отримало назву права вимоги, а обов'язок – боргу. Управомочена особа називається кредитором, а зобов'язана – боржником, кожний вид зобов'язань має особливості, що зумовлює їх відносну самостійність та існування окремих інститутів зобов'язального права.⁴

Разом з тим є і загальні правила, які поширюються на усі види зобов'язань. Саме вони й становлять загальні положення про зобов'язання. До них належать положення про поняття і види зобов'язань, способи їх виконання, способи забезпечення виконання зобов'язань, підстави виникнення та припинення. Проблеми, які досліджуються в монографії, мають велике пізнавальне й практичне значення. Адже своєчасно і правильно вирішенні питання щодо зобов'язальних правовідносин, в значній мірі обумовлюють стабільність зобов'язань, їх функціонування.

⁴ Цивільне право. Конспект лекцій для студентів спеціальності 081 «Право» денної та заочної форм навчання, Терещук Галина Андріївна. Луцьк: ЛНТУ, 2017. 267 с.

РОЗДІЛ 1. РЕФОРМУВАННЯ ЗОБОВ'ЯЗАЛЬНОГО ПРАВА В СУЧАСНИХ УМОВАХ

1.1. Генеза дефініції «зобов'язання» в сучасних умовах

Сфера зобов'язального права з'явилася в давні часи у Древньому Вавілоні, про що свідчать знайдені стели царя Хамурапі з висіченими на них законами. Правовий статус законів зараз можна віднести до сфери комерційного права. Це стало підставою існування наймогутнішої держави Древнього світу, в якій дотримувалися закону. В ті давні часи зобов'язання виникали при укладанні угоди, а також внаслідок заподіяного збитку або шкоди. В такому випадку винна сторона брала на себе обов'язок відшкодувати нанесений збиток. Закони Хамурапі передбачали два типи зобов'язань:

- зобов'язання виходячи з угоди;
- зобов'язання з заподіяної шкоди.

Причому, перелік законів містить й форс-мажорні обставини, внаслідок яких, людина може бути позбавлена виконання зобов'язань: «Якщо людина має на собі процентний борг, а Адад (бог блискавки та дощу) затопить його поле, або повінь знесе жнива, або внаслідок посухи в полі не виросте хліба, то він може в цьому році хліб своєму позикодавцю не повертати і знищити свій документ; також і відсотки за цей рік він може не віддавати»⁵.

Фактично тоді були запроваджені норми «де юре» й «де факто», які мали рівнозначні зобов'язання відповідно статусу людини в суспільстві.

Аналогічне законодавче поле у відношенні зобов'язального права існували й на теренах Київської Русі. У Київській Русі зобов'язання також виникали за двома підставами: у результаті укладення договору та у зв'язку із

⁵ История Древнего Востока. Тексты и документы: Учебное пособие. / Под ред. В.И. Кузищина. Москва : Высшая школа, 2002. С. 167–190.

заподіянням шкоди. Зобов'язання виникали насамперед із договорів купівлі-продажу, позики, поклажі та заподіяння шкоди. У Руській Правді закріплено такий порядок відносин: якщо продавець продавав чужу річ, то договір вважався недійсним. Така річ поверталася власникові, а покупець звертався до продавця з вимогою відшкодувати збитки. Власник речі мав право вимагати її повернення володіючим невластником із виплатою компенсації за користування нею⁶.

Зобов'язальне право має багату юридичну історію, яке сформувалося в межах римського права.

Ж. Піно зазначає, що ранні римські юристи вважали, що зобов'язальне право є досконалим і не підлягає змінам, оскільки ґрунтується на незаперечному здоровому глузді або природному праві. Згідно з римським правом, зобов'язання підлягали ритуалам і виконанню проти особи боржника (часто через рабство). Поступово усна угода була визнана законом і підлягала виконанню, а разом з цим прийшло визнання нової галузі зобов'язання в цивільному праві, навіть якщо ця еволюція права відбувалася в англійському загальному праві: зобов'язання компенсувати шкоди, заподіяної недбалістю або тілесним ушкодженням⁷.

Ґрунтуючись на історичному екскурсі В. Слома стверджує, що: «Примітивне зобов'язання уявлялось як певний суто особистий зв'язок між кредитором і боржником, в силу якого останній є відповідальним «приреченим» перед першим. Ідея «боргу» зникла в ідеї відповідальності. Ідея майнового стягнення не була властива цій стадії зобов'язальних відносин: заволодіння особою боржника при неспроможності було не тільки засобом для спонукання його до виконання; воно було самостійним здійсненням тієї особистої «приреченості», яка складала основний зміст будь-якого зобов'язання того часу». Із розвитком економічного обороту

⁶ Історія українського права : навчальний посібник / І. Безклубий, І. Гриценко, О. Шевченко та ін. Київ : Грамота, 2010. 336 с.

⁷ Pineau, J. and Gaudet, S., *Théorie des Obligations*, 4e Édition. Montréal: Thémis. 2001, P.1-2.

зобов'язання стало його основною формою. Якщо в стародавні часи головною умовою виникнення були правопорушення, то потім змінилося співвідношення: обов'язки, що виникали з деліктів, стали губитися серед численної кількості зобов'язань, що виникали з договорів⁸.

Сучасні юридичні норми позначають «зобов'язальне право – як сукупність правових норм, що регулюють суспільні відносини по передачі майна, виконанні робіт, надання послуг, відшкодування заподіяної шкоди».

Популярне значення терміну «зобов'язання» – це обов'язок робити чи не робити щось, або відшкодувати іншій особі в силу припису права.

В міжнародному праві термін «зобов'язання» систематично використовується у вузькому значенні для позначення що кожна сторона зобов'язана перед іншою згідно з умовами договору.

Еволюція тлумачення терміну «зобов'язання» в сучасній практиці спостерігається в міжнародних конвенціях. Спочатку в Гаазькій конвенції від 15 червня 1955 р.⁹ про право, поняття «зобов'язання» застосовне до міжнародного продажу товарів, стаття 1 якої визначає сферу застосування конвенції, яка відноситься до продажу і за аналогією до контрактів на поставку товарів, що підлягають виготовленню або виробляється в тому обсязі, в якому сторона, яка зобов'язана поставити (продавець), повинна надати необхідну сировину.

У Гаазькій конвенції від 1 липня 1985 р. про право¹⁰, яка застосовується до трастів відповідно статті 2, та про їх визнання відноситься, у французькій версії, до «зобов'язання» довіреної особи управляти, використовувати або розпоряджатися активами згідно з умовами трасту та встановленими спеціальними обов'язками на нього за законом. Стаття 8 цієї

⁸ Слома В.М. Поняття зобов'язання у цивільному праві. *Юридичний вісник*. № 1 (38). 2016. С. 124.

⁹Convention of 15 June 1955 on the law applicable to international sales of goods. URL: <https://www.hcch.net/en/instruments/conventions/full-text/?cid=31>(дата звернення: 15.09.2021).

¹⁰Convention of 1 July 1985 on the Law Applicable to Trusts and on their Recognition. URL: <https://www.hcch.net/en/instruments/conventions/full-text/?cid=59> (дата звернення: 15.09.2021).

ж конвенції передбачає, що застосовне законодавство регулює, зокрема, питання «права» та «обов'язки» довірених осіб між собою. В обох випадках англійська версія використовує термін «обов'язок» замість «зобов'язання». Отже в сучасному розумінні в правовому полі будь яка сторона договірних зобов'язань має певні обов'язки.

Відповідно статті 12 Гаазької конвенції від 22 грудня 1986 р.¹¹ про право, що застосовується до міжнародної купівлі-продажу, товар відноситься в межах чинного законодавства до прав та обов'язків сторін.

Версія правил УНІДРУА міжнародних комерційних контрактів від 2004 р.¹² скрізь по тексту використовує термін «контракт» для позначення глобальних договірних відносин між сторонами. Однак слово «зобов'язання» використовується у вузькому значенні для позначення того, що є заборгованим від однієї сторони до іншої, а саме:

а) стаття 1.11 визначає боржника як сторону, яка повинна виконати зобов'язання, а кредитор - як сторона, яка має право на виконання зобов'язання;

б) статті 5.1.1 і 5.1.2, згідно з розділом 5 (зміст і права третіх осіб), відносяться до договірних зобов'язань сторін, які можуть впливати, зокрема з характеру і мети договору;

в) статті 6.1.1 і 6.1.2, стосуються часу виконання однією стороною своїх зобов'язань,

г) стаття 6.1.6, що стосується місця виконання зобов'язань,

д) стаття 7.1.1, яка визначає невиконання як невиконання стороною для виконання будь-яких своїх зобов'язань за договором,

¹¹ Convention of 22 December 1986 on the Law Applicable to Contracts for the International Sale of Goods. URL: <https://www.hcch.net/en/instruments/conventions/full-text/?cid=61> (дата звернення: 15.09.2021).

¹² UNIDROIT Principles (2004 version). URL: <https://www.unidroit.org/instruments/commercial-contracts/unidroit-principles-2004/> (дата звернення: 15.09.2021).

е) статті 7.2.1 та 7.2.2, визначають права однієї сторони вимагати виконання у разі невиконання зобов'язання, з відмінністю, що ґрунтується на характері зобов'язань, про які йдеться,

ж) статті 8.1–8.5 про набір погашення зобов'язань однієї сторони проти зобов'язань іншої сторони,

з) стаття 9.2.1 на передачу зобов'язань.

Розроблені Міжнародною торговою палатою правила ІНКОТЕРМС¹³, також кодифікують права та обов'язки покупця та продавця щодо доставки товару. В цьому контексті слово «зобов'язання» знову використовується в технічному значенні для позначення того, що продавець винен до покупця щодо доставки.

Ряд міжнародних конвенцій у сфері міжнародної торгівлі, використовують термін «зобов'язання», який систематично використовується у вузькому значенні для позначення чого кожна сторона зобов'язана перед іншою згідно з умовами договору.

У світовій практиці деякі поширені вживання терміну «зобов'язання» в юридичному розумінні включають:

1. Термін «договірне зобов'язання» відноситься до обов'язку сплачувати або виконувати певні дії, створені договором або угодою

2. «Умовне зобов'язання» означає обов'язок сплатити або виконати певні дії, залежно від того, що сталося.

3. «Поточне зобов'язання» означає зобов'язання, яке в даний час підлягає виконанню.

4. «Спадкове зобов'язання» означає, що юридичне зобов'язання або суміжне право не припиняється смертю особи, яка несла відповідальність за зобов'язання або яка володіла правом.

Предметом господарського зобов'язання може бути обов'язок однієї із сторін здійснити не тільки господарську дію (чи певну дію як у цивільно-

¹³ Incoterms rules 2000. URL: <https://iccwbo.org/resources-for-business/incoterms-rules/> (дата звернення: 15.09.2021).

правовому зобов'язанні), а і вчинити певну дію саме управлінсько-господарського характеру.

Співвідношення зобов'язань у Господарському та Цивільному кодексах України відображено на рис. 1.



Рис. 1. Співвідношення зобов'язань у Господарському та Цивільному кодексах України

Якщо розглядати організаційно-господарські зобов'язання, то вони можуть виникати між:

а) суб'єктом господарювання та власником, який є засновником даного суб'єкта (організаційно-правової форми підприємства), або органом державної влади, органом місцевого самоврядування, які наділені господарською компетенцією щодо цього суб'єкта;

б) суб'єктами господарювання, які разом організують об'єднання підприємств чи господарське товариство, та органами управління цих об'єднань чи господарських товариств;

в) суб'єктами господарювання, у разі якщо один з них щодо іншого філією або дочірнім підприємством.

Одним із видів організаційно-господарських зобов'язань є соціально-комунальні зобов'язання суб'єктів господарювання. Згідно із ст. 177 ГК суб'єкти господарювання зобов'язані за рішенням місцевої ради за рахунок своїх коштів відповідно до закону створювати спеціальні робочі місця для осіб з обмеженою працездатністю та організувати їх професійну підготовку.

В юридичній площині встановлюються певні норми, за невиконання яких можуть бути призначені санкції. Відповідно до Закону України 875-ХІІ (зі змінами від 05.08.2021) «Про основи соціальної захищеності осіб з інвалідністю в Україні», а саме статті 19: Для підприємств, установ, організацій, у тому числі підприємств, організацій громадських об'єднань осіб з інвалідністю, фізичних осіб, які використовують найману працю, установлюється норматив робочих місць для працевлаштування осіб з інвалідністю у розмірі 4% середньооблікової чисельності штатних працівників облікового складу за рік, а якщо працює від 8 до 25 осіб, - у кількості одного робочого місця.

Така організація повинна зареєструватися у Фонді соціального захисту осіб з інвалідністю. У разі невиконання установлених норм (ст. 19), відповідно статті 20 цього закону: підприємства щороку сплачують відповідним відділенням Фонду соціального захисту осіб з інвалідністю адміністративно-господарські санкції, сума яких визначається в розмірі середньої річної заробітної плати на відповідному підприємстві, в установі, організації, у тому числі на підприємстві, в організації громадських об'єднань осіб з інвалідністю, у фізичної особи, яка використовує найману працю, за кожне робоче місце, призначене для працевлаштування особи з інвалідністю

і не зайняте особою з інвалідністю. Положення цієї частини не поширюється на підприємства, установи і організації, що повністю утримуються за рахунок коштів державного або місцевих бюджетів. рушення термінів сплати адміністративно-господарських санкцій тягне за собою нарахування пені. Пеня обчислюється виходячи з 120 % річних облікової ставки Національного банку України, що діяла на момент сплати, нарахованої на повну суму недоїмки за весь її строк¹⁴.

Визначення зобов'язання та підстави виникнення господарських зобов'язань за ст. 173 та 174 Господарського кодексу України¹⁵ відображені на рис. 2.

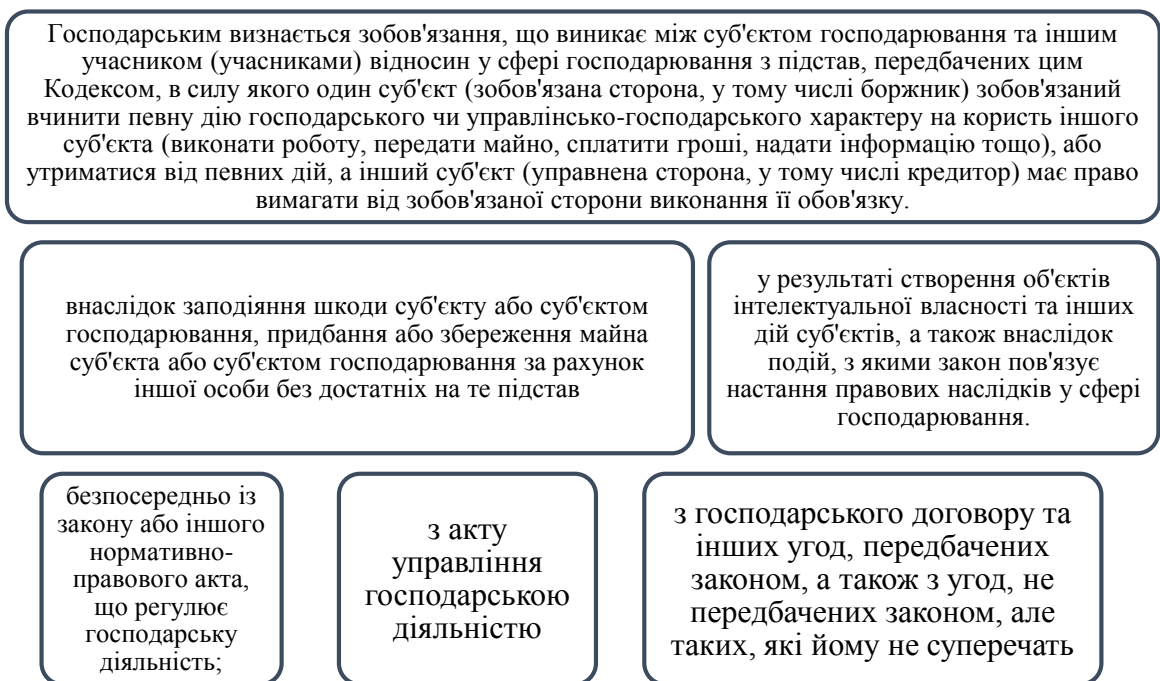


Рис. 2. Визначення зобов'язання та підстави виникнення господарських зобов'язань за ст. 173 та 174 Господарського кодексу України

Визначення зобов'язання в господарському праві відноситься до договірної законодавства, яке вимагає від сторони або щось зробити, або

¹⁴ Про основи соціальної захищеності осіб з інвалідністю в Україні: Закон України 875-XII URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/875-12#n152> (дата звернення: 20.09.2021).

¹⁵ Господарський кодекс України 436-IV, редакція від 06.10.2021. URL: https://kodeksy.com.ua/gospodars_kij_kodeks_ukraini.htm (дата звернення: 15.09.2021).

утриматися від чогось. Одним із прикладів є зобов'язання повертати іпотечний кредит, коли ви купуєте будинок. У більшості договорів передбачено пеню, пов'язану з невиконанням зобов'язань. Вимоги до ефективності є ще одним прикладом юридичного зобов'язання.

Аспекти зобов'язального права передбачають (рис. 3):

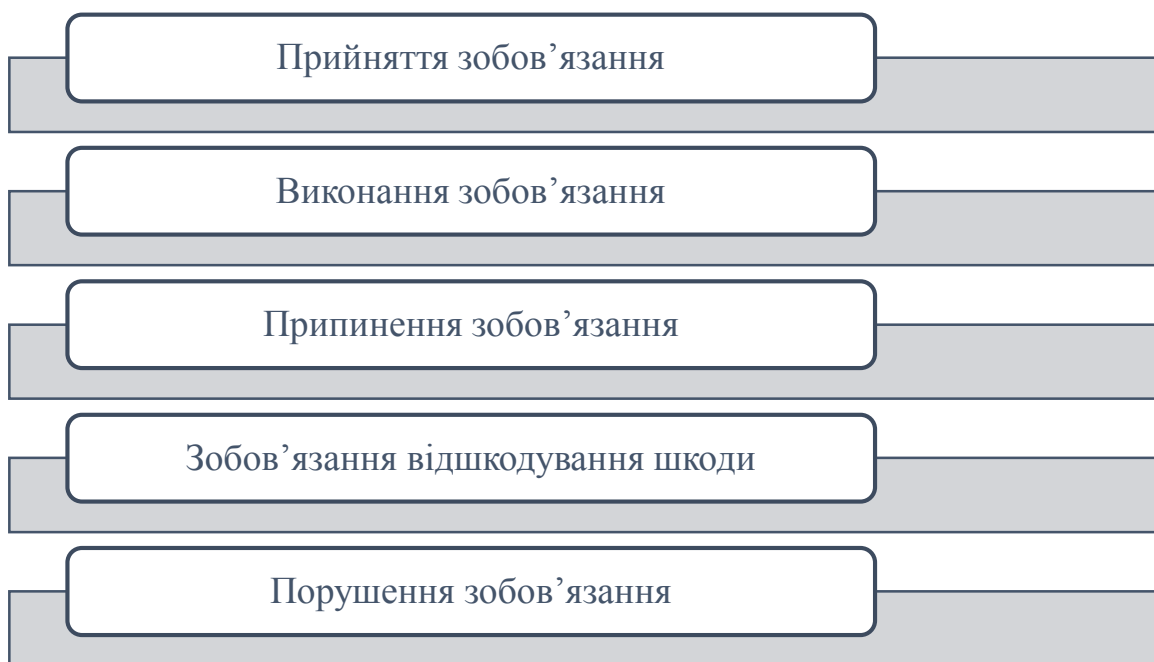


Рис. 3. Аспекти зобов'язального права

Прийняття (акцепт) зобов'язання фактично відбувається шляхом укладання договору, відповідно ст. 638 ЦК України.

Виконання зобов'язання за характером може бути належним й неналежним.

Поняття «виконання зобов'язання» стало предметом розгляду Касаційного господарського суду у складі Верховного Суду, який встановив принципи (умови) належного виконання зобов'язання. За його постановою нормами глави 48 Цивільного кодексу України визначено такі принципи (умови) належного виконання зобов'язання:

- виконання зобов'язання належними сторонами (ст. 527 ЦК України);

- виконання у належний спосіб (ст. 529 ЦК України - виконання зобов'язання частинами);
- належний строк (термін) виконання зобов'язання (ст. 530 ЦК України);
- належне місце виконання зобов'язання (ст. 532 ЦК України);
- справедливість добросовісність та розумність (частина третя статті 509 ЦК України)¹⁶.

Таким чином, принцип належного виконання полягає в тому, що виконання має бути проведене: належними сторонами; щодо належного предмету; у належний спосіб; у належний строк (термін); у належному місці.

У своєму юридичному розумінні зобов'язання є поняттям цивільного та господарчого права.

Сучасне зобов'язальне право в Україні регулюється статтями 509-1215 Цивільного кодексу України, тобто викладені в 706 статтях.

В своїх наукових дослідженнях Н. Голубева підкреслює, що у ЦК України «Зобов'язальне право» (книга п'ята) знаходиться окремо від книг третьої «Право власності та інші речові права» та четвертої «Право інтелектуальної власності». Таким чином, ЦК України розрізняє серед майнових прав речові права, виключні й зобов'язальні права¹⁷.

Поняття зобов'язання та підстави його виникнення у Цивільному кодексі України визначено в статті 509:

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

¹⁶ Постанова від 05 квітня 2018 року у справі № 914/1027/16. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/73261270> (дата звернення: 01.10.2021).

¹⁷ Голубева Н.Ю. Співвідношення зобов'язальних та речових правовідносин. *Часопис цивілістики*. 2019. № 14. С. 15.

Зобов'язання має ґрунтуватися на засадах добросовісності, розумності та справедливості¹⁸.

Останнє положення торкається морального характеру виконання зобов'язання, про яке багато пишуть правовіди, філософи та інші фахівці, але це питання так й не розвинуто в законодавчому полі України. Коли людина відчуває відповідальність за те, що робить щось на основі свого сприйняття правильного і неправильного, це називається моральним обов'язком. Він може впливати із справедливості, обов'язку, справедливості або етичних мотивів і не пов'язаний з юридичним зобов'язанням або з отриманням предмета цінності. Це не обов'язок, виконаний через благодійні чи корисні наміри.

Проводячи ретроспективний контент-аналіз Д. Луспеник підкреслює, що новий Цивільний кодекс України відрізняється від «старого» цивільного законодавства широким використанням термінів «розумність», «добросовісність», «справедливість», адже у ЦК УРСР 1963 р. зазначалося лише про добросовісного набувача та добросовісного власника. Поняття розумності у ЦК УРСР 1963 р. взагалі не вживалося¹⁹. Тобто в новому Цивільному кодексі України зроблено певний крок в бік підвищення моральності зобов'язань.

Хоча одні вважають, що підприємства повинні мати зобов'язання діяти морально чи етично, інші вважають, що вони повинні існувати насамперед, щоб максимізувати прибуток у межах закону. Незважаючи на це, багато видів підприємницької діяльності потребують морального розгляду. Власники малого бізнесу повинні розуміти, як юридичні та моральні зобов'язання взаємодіють між собою.

Ті, хто існує в суспільстві, морально зобов'язані слідувати його правилам, так само як і ділові люди повинні діяти за його ustalеними

¹⁸ Цивільний кодекс України. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/435-15#Text> (дата звернення: 15.09.2021).

¹⁹ Луспеник Д. Шукаємо справедливість, добросовісність та розумність у цивільно-правових відносинах. *Закон і бізнес*. 2004. № 1–2.

моральними принципами. У багатьох випадках ці принципи фактично перетворюються на закони, наприклад, у випадку господарського договору. Хоча деякі підприємства ігнорують моральні зобов'язання, дотримання моралі є важливою частиною ведення етичного та надійного бізнесу. Підприємці повинні прагнути дотримуватися ділової етики, що відображає їх особисту етику, наприклад, дотримуватись обіцянок, навіть якщо не існує юридично чинного договору.

Якщо особа обіцяє сплатити борг, коли вона або вона не зобов'язані це робити, це вважається моральним обов'язком і набуває законної сили. Наприклад, договір, підписаний неповнолітнім, не має юридичної сили, поки йому не виповниться 18 років і не пообіцяє його виконати, навіть якщо йому це не потрібно робити.

Це також стосується договору з несправедливими умовами, якщо обидві сторони погодилися з ним, хоча одна або обидві можуть мати моральне зобов'язання відмовитись від дуже незбалансованого контракту. Власники підприємств також мають моральне зобов'язання уникати укладання контрактів, у яких експлуатуються особи з інвалідністю, мовних бар'єрів або неписьменності, або угод, які вимагають від вас підкупу когось іншого.

Зобов'язання можна створити добровільно, наприклад зобов'язання, що випливає з контракту або односторонньої обіцянки. Зобов'язання також може бути створено мимоволі, наприклад, зобов'язання, що випливає з правопорушень або статуту. Зобов'язання пов'язує разом двох або більше рішучих осіб. Фізична або юридична особа, яка відповідала за зобов'язанням, називається боржником; особа чи суб'єкт господарювання, що володіють правом співвідношення щодо зобов'язання, називають борговим зобов'язанням.

Розглянемо приклад речових прав. Відповідно звіту «Виконання зобов'язань у практиці Касаційного цивільного суду» від 11.06.2021 року між оператором державних лотерей та гравцем виникають цивільні відносини. По

своїй суті такі відносини є договірними. Специфічність договірних відносин, що існують між оператором державних лотерей та гравцем полягає в тому, що їх правове регулювання відбувається спеціальними нормами Закону України «Про державні лотереї в Україні», умовами проведення державних лотерей. Грошове зобов'язання здійснити виплату призу державної лотереї виникає за сукупності таких умов: пред'явлення гравцем лотерейного білета; проведення оператором державних лотерей або уповноваженою ним особою експертизи лотерейного білета; відсутність визнання оператором державної лотереї білету не виграшним. Відсутність умов необхідних для виплати призу державної лотереї свідчить, що грошове зобов'язання по виплаті призу між гравцем та оператором державної лотереї не виникло²⁰.

Відповідно закону України «Про державні лотереї в Україні», а саме оператор державних лотерей зобов'язаний:

- п. 2, ст. 5 забезпечити формування призового (виграшного) фонду лотереї в розмірі не менше 50 % від сум доходів, отриманих від прийняття ставок;

- п. 6. ст. 6 застрахувати ризик невиплати учасникам призів у разі його неплатоспроможності та/або банкрутства на суму призового (виграшного) фонду, виплаченого оператором державних лотерей упродовж попереднього календарного року;

- п. 4. ст. 10 перевіряти право учасника на одержання призу в порядку, встановленому умовами проведення державної лотереї²¹.

Отже у разі, пред'явлення речового доказу, яким є лотерейний квіток, оператор за шифром, що знаходиться під захисним надписом «Не стирати» може однозначно визначити виграшний квіток чи ні.

²⁰ Постанова ВС КЦС від 14 листопада 2018 року у справі № 757/58385/16-ц (провадження № 61 17601свп18). URL: https://supreme.court.gov.ua/userfiles/media/new_folder_for_uploads/supreme/file_3.pdf (дата звернення: 15.11.2017).

²¹ Закон України «Про державні лотереї в Україні» (Відомості Верховної Ради (ВВР), 2013, № 31, ст.369). URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/5204-17> (дата звернення: 15.09.2021).

Взагалі, відповідно ст. 546 Цивільного кодексу України, встановлено сім способів виконання зобов'язання, табл. 1.

Таблиця 1 – Способи виконання зобов'язання

| Спосіб виконання зобов'язання | Стаття | Визначення |
|-------------------------------|--------|---|
| 1 | 2 | 3 |
| Неустойка | 549 | Неустойкою (штрафом, пенею) є грошова сума або інше майно, які боржник повинен передати кредиторіві у разі порушення боржником зобов'язання. |
| Порука | 553 | За договором поруки поручитель поручається перед кредитором боржника за виконання ним свого обов'язку. |
| Гарантія | 560 | За гарантією банк, інша фінансова установа, страхова організація (гарант) гарантує перед кредитором (бенефіціаром) виконання боржником (принципалом) свого обов'язку. Гарант відповідає перед кредитором за порушення зобов'язання боржником. |
| Завдаток | 570 | Завдатком є грошова сума або рухоме майно, що видається кредиторіві боржником у рахунок належних з нього за договором платежів, на підтвердження зобов'язання і на забезпечення його виконання. |
| Застава | 572 | В силу застави кредитор (заставодержатель) має право у разі невиконання боржником (заставо-давцем) |

| | | |
|--------------------------|-----|---|
| | | зобов'язання, забезпеченого заставою, а також в інших випадках, встановлених законом, одержати задоволення за рахунок заставленого майна переважно перед іншими кредиторами цього боржника, якщо інше не встановлено законом (право застави). |
| Притримання | 594 | Кредитор, який правомірно володіє річчю, що підлягає передачі боржникові або особі, вказаній боржником, у разі невиконання ним у строк зобов'язання щодо оплати цієї речі або відшкодування кредиторів пов'язаних з нею витрат та інших збитків має право притримати її у себе до виконання боржником зобов'язання. |
| Право довірчої власності | 597 | Право довірчої власності як спосіб забезпечення виконання зобов'язань є різновидом права власності на майно, за яким кредитор, який отримав майно у довірчу власність (довірчий власник), не має права самостійно відчужувати таке майно, крім як для звернення стягнення на нього, а також викупу його для суспільних потреб у порядку, встановленому законом. |

Розгляд цивільних справ відбувається роками й розповсюдженим способом виконання зобов'язань є неустойка. Відповідно Судового реєстру по справі 757/19003/19-ц розглянемо механізм виконання зобов'язань²².

За рішенням суду, згідно з Договором управління у відповідності до Закону України Про фінансово-кредитні механізми та управління майном при будівництві житла та операціях з нерухомістю та Правил Фонду фінансування будівництва, затверджених рішенням правління ТОВ КБ Західкомбанк №166 від 30.05.2005 року, замовляє і фінансує за рахунок коштів ФФБ виду А спорудження об'єкту будівництва житлового комплексу за адресою: АДРЕСА_1, а забудовник зобов'язується збудувати об'єкт будівництва, ввести його в експлуатацію та передати об'єкти інвестування установникам на умовах та в строки, встановлені в цій Угоді.

Згідно з платіжною квитанцією № 48 від 01.03.2007 року, виданою КФ Західкомбанк і платіжною квитанцією №30002109 від 19.03.2007 року, видною ВАТ АКБ Престиж, довіритель ФІБ за договором №242 про участь у ФФБ (вид А) за програмою ВАТ АК Київреконструкція від 15.02.2007 року вніс кошти у повному обсязі 100% в розмірі 562955,00 грн. за 62,90 кв.м.

Після 100% сплати довіритель ОСОБА_2 за об'єкт інвестування 16.03.2007 року був укладений Договір №242 про уступку майнових прав, згідно з яким управитель уступає довірителью майнові права на об'єкт інвестування: однокімнатну квартиру АДРЕСА_2.

09.06.2008 року позивачка уклала угоду з ОСОБА_2 про поступку майнових прав на об'єкт інвестування - однокімнатну квартиру АДРЕСА_3. Відповідно до укладеного Договору до неї перейшли всі права і обов'язки за укладеним Договором №242 від 15.02.2007 року про участь у фонді фінансування будівництва об'єкта за адресою: АДРЕСА_1. На підтвердження вищезазначених обставин управитель видав свідоцтво про участь у ФФБ від

²²Судовий реєстр по справі 757/19003/19-ц. URL: <https://opendatabot.ua/court/98865122-dabd09210c647f67192b04d8bb1c9435> (дата звернення: 25.09.2021).

09.06.2008 року і довідку №24 від 21.02.2011 року про сплату повної вартості 100% об'єкту інвестування в сумі 562955,00 грн.

Строк введення в експлуатацію зазначеного об'єкта будівництва є істотною умовою визначеною п. 1.5. Договору про участь у ФФБ №242 від 09.06.2008 року та встановлений п. 2.3. угоди на добудову з ОК ЖБК Наш Дом від 22.09.2009 року - червень 2010 року. ВАТ АК Київреконструкція у відповідності до умов угоди №30/05 про організацію спорудження об'єкту будівництва за рахунок коштів ФФБ зобов'язане передати довірителю у власність об'єкт інвестування, вказаний у п. 2 цього Договору.

Водночас, відповідно до ч. 1 ст. 9 Закону України «Про фінансово-кредитні механізми і управління майном при будівництві житла та операціях з нерухомістю» управитель укладає із забудовником договір, за яким забудовник зобов'язується збудувати один або декілька об'єктів будівництва, ввести їх в експлуатацію в установленому законодавством порядку та передати об'єкти інвестування установникам (довірителям) ФФБ у строки та на умовах, визначених цим Законом, Правилами ФФБ та Договором управління майном, а управитель зобов'язується здійснювати фінансування будівництва цих об'єктів будівництва на умовах договору.

Крім цього, ч.9 цієї статті визначено, що забудовник зобов'язаний виконати свої зобов'язання за Договором щодо організації спорудження об'єктів будівництва та своєчасного введення їх в експлуатацію незалежно від обсягу замовлення на будівництво, підтвердженого управителем.

Забудовник передає довірителю паспорти, сертифікати, гарантійні документи на обладнання, яке встановлене на об'єкті інвестування і яке переходить у власність Довірителя.

Із вказаного слід зробити висновок, що зобов'язання стосовно своєчасного введення об'єкту в експлуатацію незалежно від обсягу замовлення на будівництво лежить саме на забудовнику.

Однак об'єкт будівництва по АДРЕСА_1 до цього часу не добудований та не введений в експлуатацію.

Позивач посилається на вимоги ст. ст. 526, 629 ЦК України, за якими договір є обов'язковим для виконання сторонами та зобов'язання має виконуватися належним чином відповідно до умов договору та вимог цього Кодексу, інших актів цивільного законодавства, а за відсутності таких умов та вимог – відповідно до звичаїв ділового обороту або інших вимог, що звичайно ставляться.

Вважає, що, оскільки гл.70 ЦК України спеціальні підстави відповідальності забудовника не визначено, то у зв'язку з цим забудовник відповідає за загальними правилами цивільного та господарського судочинства.

Відповідно до ч. 1 ст. 612 ЦК України боржник вважається таким, що прострочив, якщо він не приступив до виконання зобов'язання або не виконав його у строк, встановлений договором або законом.

При цьому невиконання зобов'язання або виконання з порушенням умов, визначених змістом зобов'язання (неналежне виконання), ст. 610 ЦК України кваліфікує як порушення зобов'язання²³.

Отже, неналежне зобов'язання юридично не пов'язує сторони разом і не має однакових юридичних наслідків для невиконання. Натомість невиконання недосконалого зобов'язання вимагає відповідальності перед вищою владою.

Частиною 1 ст. 611 ЦК України передбачено, що у разі порушення зобов'язання настають правові наслідки встановлені договором або законом, зокрема, сплата неустойки (ст. 549 ЦКУ). В разі, коли неустойка встановлена законом, вона може застосовуватися незалежно від того, передбачили її сторони в договорі чи ні.

Згідно із ч. 2 ст. 231 ГКУ у разі, якщо порушено господарське зобов'язання, в якому хоча б одна сторона є суб'єктом господарювання, що належить до державного сектора економіки, за порушення строків виконання

²³ Судовий реєстр по справі 757/19003/19-ц. URL: <https://opendatobot.ua/court/98865122-dabd09210c647f67192b04d8bb1c9435> (дата звернення: 25.09.2021).

зобов'язання, стягується пеня в розмірі 0,1 % вартості товарів (робіт, послуг) за кожний день прострочення, а за прострочення понад 30 днів - додатково стягується штраф у розмірі 7 % зазначеної вартості (якщо інше не передбачено договором або законом).

Так, вартість об'єкту інвестування, за яку сплачено 100% вартості, становить - 562955 грн., що підтверджуються довідкою №124 від 21.02.2011 року, виданою Київською філією ПАТ Західінкомбанк. Отже, пеня буде складати:

Вартість об'єкту інвестування 562955 грн. x 0,1 % x 180 днів = 101332, 80 грн.

Штраф у 7 % від вартості об'єкту інвестування буде складати:

$$562955 \text{ грн.} \times 7\% = 39406, 85 \text{ грн.}$$

У зв'язку з цим, пеня і штраф за невиконання забудовником ОК ЖБК Наш Дом умов Договору №242 всього складає 140739,65 грн., яка підлягає стягненню із ОК ЖБК Наш Дом, як із забудовника, який не виконав зобов'язання в строк визначений Договором.

Щодо строків давності для подачі зазначеного позову, то зазначає, що приписами ст. 258 ЦК України визначено спеціальний строк позовної давності в один рік для заявлення вимог про стягнення неустойки (штрафу, пені).

Пунктом 6 ст. 232 ГКУ нарахування штрафних санкцій за прострочення виконання зобов'язання припиняється через 6 місяців з дня, коли зобов'язання має бути виконане, якщо інше не встановлене законом або договором.

Таким чином, ми бачимо, що щодо кожного виду штрафних санкцій встановлюється певний термін, сплив якого позбавляє зобов'язання сплати штраф.

Після виконання Управителем ФФБ зобов'язань перед усіма Довірителями ФФБ вважається таким, що припинив своє функціонування.

Із Єдиного державного реєстру судових рішень стало відомо про існування справи №910/9158/16 про банкрутство ВАТ АК Київреконструкція, відповідно до якої стало відомо про заміну забудовника на ОК ЖБК Наш Дом.

Таким чином, враховуючи що ОК ЖБК Наш Дом визнано забудовником лише в квітні 2018 року ухвалою Господарського суду м. Києва у справі №910/9158/16 від 23.04.2018 року, а зобов'язання стосовно своєчасного введення об'єкту будівництва в експлуатацію на даний час не виконане, то строк заявлення зазначених вимог до відповідача не вважає пропущеним.

Ухвалою Печерського районного суду м. Києва від 15.04.2019 року відкрито спрощене позовне провадження у справі. В ухвалі сторонам було визначено строк на подання відзиву, відповіді на відзив та заперечень.

Відповідач відзив у встановлені судом строки не подав.

01.02.2021 року стороною відповідача був наданий відзив на позовну заяву, в якому відповідач не погоджується із позовом і вимогами позивача, виходячи з наступного.

Відповідач Обслуговуючий кооператив Житлово-будівельний кооператив Наш дом було створено у 2009 році для координації зусиль з добудови житлового комплексу у Солом'янському районі міста Києва, про що 22.05.2009 року до ЄДРПОУ було внесено запис 1 073 102 0000 017365 про створення юридичної особи Обслуговуючий кооператив Житлово-будівельний кооператив Наш дом. Його було створено інвесторами (у тому числі за участі позивачки) для координації зусиль з добудови житлового комплексу за рахунок членських внесків. Відповідно до умов п. 1.1. Статуту кооператив є обслуговуючого типу та не має на меті отримання прибутку та згідно з п. 2.3. Статуту є неприбутковою організацією.

Таким чином, позивач, заявляючи такий позов до суду про стягнення коштів з відповідача чітко усвідомлює, що у разі задоволення судом позову, фактично кошти будуть стягнуті з членів кооперативу, які добросовісно сплачують членські внески та формують майно кооперативу. В результаті, частина зобов'язань перекладається спільно на обслуговуючу компанію та інвесторів.

Так, вказує, що 22.09.2009 року між ТОВ КБ Західкомбанк (управитель), Обслуговуючим кооперативом Житлово-будівельний кооператив Наш дом (замовник 2) та ВАТ АК Київреконструкція (забудовник) укладена Угода щодо організації добудови об'єкту будівництва. ОК ЖБК Наш дом не набуває будь-яких майнових прав, а лише контролює хід добудови житлового комплексу за адресою: АДРЕСА_1).

Згідно з умовами п. 4.1. Угоди саме на ВАТ АК Київреконструкція як забудовника покладено обов'язок виконувати свої зобов'язання за цією Угодою щодо організації добудови об'єкту будівництва та своєчасного введення його в експлуатацію.

Згідно з п. 6.2. Угоди також визначено, що сторони не несуть відповідальності за порушення своїх зобов'язань, якщо вони сталися не з їх вини. Сторона вважається невинуватою, якщо вона доведе, що вжила всіх залежних від неї заходів для належного виконання зобов'язання.

01.10.2009 року управителя ТОВ КБ Західкомбанк припинено як юридичну особу, про що в Єдиному державному реєстрі юридичних осіб, фізичних осіб-підприємців та громадських формувань наявний запис №11981120049000243. 31.05.2010 року між ПАТ Західкомбанк (правонаступником ТОВ КБ Західкомбанк) від імені ВАТ АК Київреконструкція (збудовник або довіритель) на підставі Договору доручення від 24.06.2005 року та довіреності від 30.10.2008 року та ОК ЖБК Наш дом (повірений) було укладено Договір передоручення.

Згідно з п.п. 4.1. та 4.2. Договору передоручення від 31.05.2010 року за невиконання (неналежне виконання) положень Договору (передоручення)

сторони несуть відповідальність в порядку, передбаченому чинним законодавством України.

Сторони звільняються від відповідальності за порушення своїх зобов'язань за Договором, якщо воно сталося не з їх вини. Сторона вважається невинуватою, якщо вона доведе, що вжила всіх залежних від неї заходів для належного виконання зобов'язання.

03.05.2019 року ПАТ Західкомбанк припинено як юридичну особу, про що до Єдиного державного реєстру юридичних осіб, фізичних осіб-підприємців та громадських формувань внесено запис № 11981110037005236.

Забудовник ВАТ АК Київреконструкція з 26.07.2017 року - в стані припинення на підставі рішення Господарського суду міста Києва від 16.01.2017 року №910/9158/16 про визнання юридичної особи банкрутом і відкриття ліквідаційної процедури²⁴.

Слід зауважити, що відповідно закону України «Про відновлення платоспроможності боржника або визнання його банкрутом»²⁵ ст. 18. Забезпечення вимог кредиторів передбачено, що Господарський суд має право за клопотанням сторін або учасників справи про банкрутство чи за своєю ініціативою вжити заходів до забезпечення вимог кредиторів.

Але в рішенні суду вказано: «жодною нормою чинного законодавства не передбачено стягнення із забудовника на користь довірителя ФФБ - інвестора об'єкту будівництва неустойки у виді пені та/або штрафу».

Звертає увагу на умови п. 7.3. Угоди від 30.05.2005 року № 30/05, якими передбачено, що за перевищення передбачених цим Договором строків закінчення будівництва об'єкту, за умови відсутності в цьому перешкод з боку управителя, забудовник ВАТ АК Київреконструкція сплачує управителю ТОВ КБ Західкомбанк пеню в розмірі 0,0005 % від вартості

²⁴ Судовий реєстр по справі 757/19003/19-ц. URL: <https://opendatobot.ua/court/98865122-dabd09210c647f67192b04d8bb1c9435> (дата звернення: 25.09.2021).

²⁵ Закон України «Про відновлення платоспроможності боржника або визнання його банкрутом» від 14.05.1992 № 2343-XII. URL: https://kodeksy.com.ua/pro_bankrutstvo.htm; https://kodeksy.com.ua/pro_bankrutstvo/statja-18.htm (дата звернення: 25.09.2021).

об'єкту будівництва за кожний день прострочення, але не більше 50 000,00 грн.

Й в цьому випадку суд використав протиріччя між нормами ГК та ЦК України вказавши, що: «згідно положень ст.ст.2, 4 ГК України не є предметом регулювання цього Кодексу майнові та особисті немайнові відносини, що регулюються Цивільним кодексом України, які в даному випадку регулюються саме Цивільним кодексом України»²⁶.

Досконалі зобов'язання дають право одній стороні вживати судові дії проти іншої сторони за невиконання. Ось чому перед тим, як підписати договір, необхідно уважно ознайомитися з усіма умовами договору. Існують деякі договори, які є дуже проблематичними, і суди повинні визнавати їх несумлінними, але в українській практиці таке відбувається рідко.

Договори відіграють важливу роль в угоді, яка є юридично обов'язковою між суб'єктами. Це включає певні умови щодо того, що кожна сторона може, а що не може робити. Договір містить критичні дати, юридичні положення, зобов'язання та умови виконання. Договір про зобов'язання є частиною юридично зобов'язуючої ситуації, яка гарантує, що всі сторони контракту отримують те, що вони зобов'язані отримати. Договір про зобов'язання має різні складові, про які повинні знати, покупці чи продавці, інвестори чи забудовники.

Далі в судовому рішенні зазначено: «Між іншим, безпідставним та необґрунтованим є розрахунок позивача пені в розмірі 0,1 % вартості товарів (робіт, послуг) за кожний день прострочення та штрафу у розмірі 7% зазначеної вартості в порядку ст. 231 ГК України, так як за нормами ст. 549 ЦК України пеня обчислюється у відсотках від суми несвоєчасно виконаного грошового зобов'язання.

При цьому, відповідно до ч.3 ст. 550 ЦК України кредитор не має права на неустойку в разі, якщо боржник не відповідає за порушення

²⁶ Судовий реєстр по справі 757/19003/19-ц. URL: <https://opendatabot.ua/court/98865122-dabd09210c647f67192b04d8bb1c9435> (дата звернення: 25.09.2021).

зобов'язання (ст. 617). Згідно зі ст. 609 ЦК України визначено, що зобов'язання припиняється ліквідацією юридичної особи (боржника або кредитора).

Відповідно до ч. 3 ст. 205 ГК України передбачено, що господарське зобов'язання припиняється неможливістю виконання у разі ліквідації суб'єкта господарювання, якщо не допускається правонаступництво за цим зобов'язанням. Тому, довіритель ФФБ - позивач не набув в передбачений Договором строк права власності на об'єкт інвестування, квартира АДРЕСА_2 з урахуванням зазначеної забудовником ОК ЖБК Наш Дом останньої дати введення в експлуатацію - IV квартал 2019 року.

Відповідно до ч. 5 ст. 10 Закону України Про захист прав споживачів у разі, коли виконавець не може виконати (прострочує виконання) роботу (надання послуги) згідно з договором, за кожний день (кожну годину, якщо тривалість виконання визначено у годинах) прострочення споживачеві сплачується пеня у розмірі трьох відсотків вартості роботи (послуги), якщо інше непередбачено законодавством. У разі коли вартість роботи (послуги) не визначено, виконавець сплачує споживачеві неустойку в розмірі трьох відсотків загальної вартості замовлення.

Статтею 2 ГК України визначено, що учасниками відносин у сфері господарювання є, зокрема, споживачі.

Враховуючи вищевикладене, вважає позовні вимоги позивача обґрунтованими та штрафні санкції за порушення строків виконання зобов'язання співмірними, які ґрунтуються на вимогах законів України і підлягають задоволенню у повному обсязі.

За змістом ч. 11 ст. 20 Закону для встановлення факту виконання умов договору про участь у ФФБ та факту припинення управління майном, необхідне настання всіх трьох наступних умов у їх поєднанні: виконання довірителем всіх зобов'язань перед управителем ФФБ; введення об'єкта до експлуатації; підписання довірителем із забудовником акту прийому-

передачі закріпленого за ним об'єкта інвестування, після введення об'єкта в експлуатацію.

Встановлено, що довіритель виконав усі свої зобов'язання відповідно до вимог закону. Загальна вартість замовлення за об'єкт інвестування відповідно до наявних у матеріалах справи квитанцій та довідок була внесена позивачем у повному обсязі – 562955 грн., у свідоцтві про участь у ФФБ від 09.06.2008 року наявна інформація про передачу цих коштів у довірче управління.

Відповідно до ст. 611 ЦК України у разі порушення зобов'язання настають правові наслідки, встановлені договором або законом, зокрема, сплата неустойки.

Неустойка є особливим видом відповідальності за неналежне виконання зобов'язання, яка має на меті окрім відшкодування збитків після вчиненого порушення щодо виконання зобов'язання, додаткову стимулюючу функцію для добросовісного виконання зобов'язання.

За встановлених обставин не виконання відповідачем положень Закону та умов угод наявні правові підстави відповідно до положень ч.5 ст.10 Закону України «Про захист прав споживачів»²⁷ для стягнення на користь позивача пені у розмірі, який складатиме 16888,65 грн. (562955,00 грн. загальної вартості замовлення x 3%) за період з 23.04.2018 року по 12.04.2019 року.

Відповідно до норми ст. 257 ЦК України загальний строк позовної давності становить три роки. Відповідно до п. 1 ч. ст. 258 ЦК України встановлено, що позовна давність в один рік застосовується, зокрема до вимог про стягнення неустойки (штрафу, пені).

Таким чином, стягнення неустойки (пені, штрафу) обмежується останніми 12 місяцями перед зверненням кредитора до суду, а починається з

²⁷ Про захист прав споживачів: Закон України від 12.05.1991 № 1023-ХІІ. Відомості Верховної Ради УРСР. 1991. № 30. С. 379.

дня (місяця), якого вона нараховується, у межах строку позовної давності за основною вимогою.

Позивач у позовній заяві, поданій 12.04.2019 року, здійснює розрахунок пені з 23.04.2018 року, тобто з часу, коли дізналася про порушення прав відповідачем з ухвали Господарського суду м. Києва від 23.04.2018 року по справі № 910/9158/16, змістом якої встановлений факт заміни забудовника ВАТ АК Київреконструкція на нового забудовника ОК ЖБК Наш дом, яким зобов'язання забудовника до теперішнього часу не виконані.

Перебіг позовної давності починається від дня, коли особа довідалася або могла довідатися про порушення свого права або про особу, яка його порушила (ч. 1 ст. 261 ЦК України). Такими чином, вимоги позивачем заявлені в межах строку позовної давності.

Відповідно до ст. 141 ЦПК України стягненню з відповідача також підлягає судовий збір у розмірі 168,86 грн.²⁸.

В результаті судового рішення неустойка склала 16888,65 замість 140739,65 грн., передбаченої законодавством України.

Підсумовуючи вище рішення, слід зазначити, що суди можуть вимагати виконання зобов'язань, взятих у контракті, якщо сторона не виконує зобов'язання. Якщо виконання не виконано, суд може присудити гроші за порушення договору. Договірне зобов'язання - це обов'язки, за які всі сторони несуть відповідальність. Усі сторони обмінюються чимось цінним у контракті. Це можуть бути гроші, продукт, послуги тощо. Усі сторони матимуть різні зобов'язання. У договорі будуть викладені умови, які регулюють зобов'язання, включаючи суму та спосіб оплати та місце їх проведення. Якщо будь-яка зі сторін не виконує свої зобов'язання на основі умов договору, це може розцінюватися як порушення договору. Це може призвести до відшкодування збитків, які допоможуть відшкодувати стороні,

²⁸ Судовий реєстр по справі 757/19003/19-ц. URL: <https://opendatabot.ua/court/98865122-dabd09210c647f67192b04d8bb1c9435> (дата звернення: 25.09.2021).

яка не порушила договір, будь-які економічні збитки, які вони зазнали. Коли хтось робить пропозицію, а хтось приймає пропозицію, кожен дає обіцянки виконувати певні зобов'язання, жодна з них не може мати необмежену можливість анулювати договір.

В Господарчому кодексі України главою 19 визначені «Загальні положення про господарські зобов'язання» статтею 173 «Господарські зобов'язання». Відповідно положень Господарського кодексу: «Господарським визнається зобов'язання, що виникає між суб'єктом господарювання та іншим учасником відносин у сфері господарювання з підстав, передбачених Кодексом, в силу якого один суб'єкт (зобов'язана сторона, у тому числі боржник) зобов'язаний вчинити певну дію господарського-господарського характеру на користь іншого суб'єкта (виконати роботу, передати майно, сплатити гроші, надати інформацію тощо), або утриматися від певних дій, а інший суб'єкт (управнена сторона, у тому числі кредитор) має право вимагати від зобов'язаної сторони виконання її обов'язку. Основними видами господарських зобов'язань є майново-господарські зобов'язання та організаційно-господарські зобов'язання. Сторони можуть за взаємною згодою конкретизувати або розширити зміст господарського зобов'язання в процесі його виконання, якщо законом не встановлено інше.

Взагалі, в IV розділі Господарського кодексу України з 418 статей понад 100 присвячені правовому регулюванню господарських зобов'язань. Отже, в правовому полі України діють два інститути зобов'язального права: цивільно-правові та господарчі зобов'язання.

Як справедливо зазначає М.Д. Пленюк, що загальна теорія договору все ще перебуває на стадії формування, оскільки не сформовано єдиного підходу до його розуміння. Під договором в юридичній площині, розуміють

багаторівневу конструкцію, яку розглядають зобов'язання з волі його учасників²⁹.

За публічним зобов'язанням (ст. 178 ГК) суб'єкт господарювання, який відповідно до закону та своїх установчих документів зобов'язаний здійснювати виконання робіт, надання послуг або продаж товарів кожному, хто до нього звертається на законних підставах, не має права відмовити у виконанні робіт, наданні послуг, продажу товару за наявності у нього такої можливості або надавати перевагу одному споживачеві перед іншими, крім випадків, передбачених законодавством. Необхідно зауважити, що практично такі ж самі положення містяться і в ст. 633 ЦК «Публічний договір».

Привертає до себе увагу та обставина, що однією з підстав виникнення господарських зобов'язань є угоди передбачені законом, а також угоди, не передбачені законом, але такі, які йому не суперечать. В той же час, поняття угоди (як і господарського договору) у ГК відсутнє, а в ЦК використовуються поняття договору і правочину (ч. 2 ст. 11 ЦК). Така неузгодженість важливих положень ГК і ЦК може привести до певних труднощів у правозастосуванні норм, регулюючих виникнення господарських зобов'язань³⁰.

В даному сенсі неузгодженість юридичних норм в кодексах може заважати регулюванню правових договірних відносин.

У дисертаційному дослідженні Погрібного С.О. стверджується, що договір доцільно розглядати не лише як правочин, правовідношення чи документ, а передусім як регулятор договірних цивільних відносин, як форму закріплення норм цивільного права, є послідовником нормативної теорії договору. Тому, на думку дослідника, у тих випадках, коли в ньому сторони закріплюють створене ними правило поведінки, відмінне

²⁹ Пленюк М.Д. Цивільно-правовий договір як підстава виникнення зобов'язань: нотатки до наукової дискусії. *Приватне право і підприємництво*. 2016. Вип. 15. С. 103.

³⁰ Поняття та види господарських зобов'язань. URL: <https://www.businesslaw.org.ua/pon-vydy-gosp-zobovuzazan/> (дата звернення: 25.09.2021).

від того, що встановлене в цивільному законі, має розглядатися саме як джерело норм цивільного права³¹.

Юридична площина розділена для обох сторін договірних відносин, оскільки за визначенням зобов'язань одна їхня сторона (кредитор) має права, а інша (боржник, дебітор) – обов'язки.

Одночасно Т. В. Боднар зазначає, що з легального визначення поняття «зобов'язання» напрашується висновок, що зобов'язання – це правовідносини, які перебувають у статиці, суб'єкти яких мають певні потенції: боржник – у вигляді обов'язку вчинити певну дію (*facere*) або утриматися від певної дії (*non facere, pati*), а кредитор – у вигляді права вимагати від боржника виконання його обов'язку³². Тоді виникає правова колізія, якщо відсутня взаємність зобов'язань, то договір може вважатися недійсним. Якщо взаємних зобов'язань немає, договір часто вважається недійсним. Будь-який договір, у якому повернення завдатку є єдиним засобом захисту сторони, не має взаємності виконання зобов'язань. Суд, як правило, відкидає положення щодо цього як такі, що не підлягають виконанню, і дозволяє покупцям застосовувати всі засоби правового захисту у разі порушення договору.

Договірне зобов'язання може відрізнитися від виконання сторонами. Вони можуть регулюватися місцевими законами. Це також може означати, що зобов'язання однієї сторони договору може бути правом іншої. Зобов'язання - це вимога, зазначена в договорі.

Договірне зобов'язання – це обов'язки, за які всі сторони несуть відповідальність за контрактом. Усі сторони обмінюються чимось цінним у контракті. Це можуть бути гроші, продукт, послуги тощо. Усі сторони матимуть різні зобов'язання при обміні.

³¹ Погрібний С.О. Механізм та принципи регулювання договірних відносин у цивільному праві України : автореф. дис. ... докт. юрид. наук. Київ, 2009. С. 38.

³² Боднар Т. В. Договірні зобов'язання як категорія цивільного права. *Вісник Київського національного університету імені Тараса Шевченка. Юридичні науки*. 2004. № 60-62. С. 73.

У договорі будуть викладені умови, які регулюють зобов'язання, включаючи суму та спосіб оплати та місце їх проведення. Якщо будь-яка зі сторін не виконує свої зобов'язання на основі умов договору, це може розцінюватися як порушення договору.

Це може призвести до відшкодування збитків, які допоможуть відшкодувати стороні, яка не порушила договір, будь-які економічні збитки, які вони зазнали.

Зобов'язання за договором купівлі-продажу можуть відрізнятися від інших видів договорів. Однак більшість усіх юридичних угод включатимуть певну форму договірної зобов'язання, яке включає:

А) оплата – покупець буде юридично зобов'язаний оплатити отримані товари;

Б) доставка – продавець зобов'язаний надати придбаний товар;

В) якість товару – продавець також зобов'язаний надати товари певної якості, що часто включено до контракту³³.

Визначення обов'язку в законі відноситься до відповідальності виконувати дії, узгоджені в контракті, обіцянці, законі, присязі або клятві. Ці особливості враховуються в сучасних умовах.

Слід відзначити внесок Н. Ю. Голубєвої у вдосконаленні тези про те, що специфіка зобов'язання як цивільного правовідношення полягає в тому, що воно:

- 1) в основному опосередковує процес переміщення благ;
- 2) завжди встановлюється з конкретним суб'єктом;
- 3) містить, як правило, обов'язок учинити певні активні дії, але може включати й пасивні дії, в окремих випадках - включати тільки пасивні дії;
- 4) не створює обов'язків для осіб, які не беруть участі в них як сторони;
- 5) має специфічний об'єкт та предмет;

³³ Obligation. URL: <https://www.law.cornell.edu/wex/obligation> (дата звернення: 25.09.2021).

6) має специфіку змісту суб'єктивного зобов'язального права, який завжди є правом не на свої власні, а на чужі дії (боржника);

7) має особливий зміст (право вимоги та борг);

8) встановлюється, як правило, на певний або визначений термін, тобто з розрахунку на подальше припинення;

9) передбачає застосування особливих способів примусу до порушника при порушенні зобов'язання³⁴.

У первісному розумінні ідея зобов'язання стосувалася лише відповідальності за передачу майна та сплату будь-яких грошей, визначених умовами конкретних письмових документів. Щоб вважатися зобов'язанням, документ має бути оформлений письмово та затверджений печаткою. У сучасному правовому світі під зобов'язанням розуміється вимога брати участь у певній дії через їхню згоду з іншою стороною або відповідно до закону. Зобов'язання також може стосуватися письмового документа або документа, за допомогою якого одна сторона стає свідком договору чи угоди.

Як було зазначено вище, зобов'язання є одним з видів цивільних правовідносин і мають усі ознаки останніх й одночасно мають і специфічні риси, що дозволяють виокремити їх із загальної сукупності цивільних правовідносин і, зокрема, відокремити від речових відносин.

Таким чином, зобов'язання – це юридичний обов'язок, який вимагає виконання від окремої особи, а також потенційні санкції за невиконання. Зобов'язання – це також обов'язок виконувати те, що накладається договором, обіцянкою чи законом. У найзагальнішому розумінні зобов'язання є синонімом обов'язку. Під час отримання додаткових технічних зобов'язань мається на увазі зв'язок, який зобов'язує сторону виконати завдання, виконати дію або сплатити необхідну суму грошей відповідно до звичаїв та законодавства країни, в якій укладено угоду.

³⁴ Голубєва Н.Ю. Зобов'язання у цивільному праві України: методологічні засади правового регулювання : автореф. дис. ... докт. юрид. наук. Одеса, 2013. С. 6.

1.2 Актуальні питання забезпечення виконання зобов'язання

Зобов'язальні правовідносини охороняються примусовою силою держави і їх цінність полягає перш за все у виконанні – повному та належному. За невиконання або неналежне виконання зобов'язання закон передбачає застосування мір цивільно-правової відповідальності. Однак відповідальність матиме місце лише у випадку якщо кредитор зазнає шкоди і зможе довести її розмір. Якщо ж ні – підстав застосовувати відповідальність немає.

Після переходу до ринкових методів регулювання економіки в Україні, суттєвого розвитку зазнав такий інститут цивільного права, як забезпечення виконання зобов'язань. Саме він став актуальним та дієвим механізмом заохочення учасників зобов'язальних правовідносин до їх належного виконання. В умовах ринку, коли збільшилася кількість та різновиди правочинів, що могли укладати фізичні та юридичні особи у приватній сфері, сфері підприємництва та господарювання.

Чинне цивільне законодавство у главі 49 Книги п'ятої ЦК України (ст. ст. 546-597) передбачає шість способів, які сприяють виконанню зобов'язань, оскільки їх забезпечують. Вони ж називаються законодавцем *видами забезпечення виконання зобов'язань*.

Передбачені законом способи забезпечення виконання зобов'язання спрямовані на захист інтересів кредиторів у зобов'язанні шляхом покладення на боржників (або інших вказаних осіб) додаткового обтяження. У разі невиконання або неналежного виконання основного правочину на боржника покладається додаткове зобов'язання, що по суті є різновидом відповідальності. Саме загроза виникнення додаткових негативних правових наслідків стає рушійною силою для багатьох. Таке додаткове обтяження здійснює стимулюючий вплив на свідомість боржника та виховує дисциплінованість учасників зобов'язальних правовідносин.

Інститут забезпечення виконання зобов'язання підтримує, підкріплює позицію кредитора у зобов'язанні. Він допомагає створити останньому умови при яких кредитор буде сміливіше вступати у правовідносини, матиме мінімальні ризики порушення його майнових прав, а також гарантії забезпечення своїх вимог у правочині на випадок порушення умов договору, тощо.

Отже, наявність у вітчизняному законодавстві такого механізму додаткового впливу на боржника забезпечує нормальний розвиток приватних правовідносин, а саме належне виконання зобов'язання.

Структура глави 49 ЦК України характеризується поділом на 7 параграфів, перший з яких присвячений загальним положенням про забезпечення виконання зобов'язання, а наступні – кожному з шести видів (способів) забезпечення виконання зобов'язання, а саме: неустойці, поруці, гарантії, завдатку, заставі та притриманню.

Важливим є те, що незважаючи на таку структуру і перелік способів, законодавець у загальних положеннях наголосив на тому, що цей перелік невичерпний - договором або законом можуть встановлюватися й інші види забезпечення зобов'язання (ч.2 ст. 546 ЦК України).

На відміну від обов'язків боржника виконати основне зобов'язання відповідно до умов договору та компенсувати завдану невиконанням або неналежним виконанням шкоду, які мають місце завжди, обов'язок нести додатковий тягар такої поведінки виникає виключно тоді, коли щодо нього була попередня домовленість між сторонами. Більше того, закон пред'являє певні вимоги до оформлення цієї домовленості – письмова форма правочину. Ч. 2 ст. 547 ЦК України наголошує, що недотримання письмової форми правочину щодо забезпечення виконання зобов'язання тягне наслідком визнання його недійсним.

Слід мати на увазі, що правочин, яким встановлюється забезпечення виконання зобов'язання, може укладатися окремо після основного зобов'язання, але може бути й складовою частиною (умовою) основного

правочину. Наприклад, договір поставки може передбачати, що у випадку прострочення поставки боржник буде зобов'язаний виплатити пеню встановленого розміру.

Норми чинного цивільного законодавства не містять визначення поняття забезпечення виконання зобов'язання, лише називають та описують його види.

Під *видами забезпечення виконання зобов'язань* слід розуміти сукупність заходів, за допомогою яких, сторони договірних правовідносин впливають один на одного з метою створення умов для належного виконання передбаченого цим договором зобов'язання, дотримання меж у поведінці зобов'язаного суб'єкта, а у разі порушення цих правил – кредитор вповноважений на вчинення певних дій, які призводять до настання додаткових негативних наслідків для боржника майнового характеру.

Для всіх способів забезпечення виконання зобов'язань притаманні наступні спільні риси, такі як:

1) спрямованість на спонукання боржника виконати зобов'язання належним чином під загрозою настання для нього негативних додаткових наслідків, як правило, майнового характеру;

2) зниження ризиків для кредитора, попередження негативних наслідків, що настають чи можуть виникнути у разі порушення боржником забезпечених зобов'язань;

3) спрямованість забезпечувальних засобів на компенсацію негативних наслідків у майновій сфері кредитора, які настають чи можуть виникнути у разі порушення боржником забезпечених зобов'язань;

4) засоби забезпечення виконання зобов'язань характеризуються акцесорним (додатковим) характером. Тобто таке зобов'язання не може існувати окремо від основного зобов'язання. Виняток з цього правила складає лише гарантія, яка була створена як самостійне, незалежне забезпечення;

5) негативні додаткові майнові наслідки матимуть місце виключно у випадку порушення боржником основного зобов'язання.

Визначення найбільш ефективного та доречного виду забезпечення виконання зобов'язання залежить від характеру основного зобов'язання. Уже стало звичним, що для забезпечення грошового зобов'язання (позика, кредитний договір тощо) застосовуються такі види забезпечення виконання як порука, гарантія чи застава. Для забезпечення зобов'язання щодо виконання робіт або надання послуг (підряд, тощо) ефективнішим способом забезпечення виконання буде неустойка.

Слід мати на увазі, що закон не забороняє забезпечувати виконання одного основного зобов'язання кількома видами забезпечення виконання зобов'язання одночасно. Тому самі сторони можуть встановити будь-яку кількість забезпечення виконання зобов'язань таких видів, які за їхньою думкою, забезпечать належний розвиток основного зобов'язального правовідношення.

Саме домовленість сторін є найрозповсюдженішою *підставою* для встановлення забезпечення виконання зобов'язання. Однак, існують й інші підстави, як то закон (для неустойки, застави, притримання) та рішення суду (для застави).

Розглянемо *основні класифікації забезпечення виконання зобов'язання* за різноманітними критеріями, що дозволить детальніше їх вивчити та з'ясувати суть:

- 1) *в залежності від виконавця акцесорного зобов'язання:*
 - зобов'язання, які виконуються самим боржником (неустойка, завдаток);
 - зобов'язання, які виконуються третьою особою (порука, гарантія);
 - зобов'язання, які можуть виконуватися і боржником і третьою особою (застава);

- зобов'язання, які виконуються самим кредитором (притримання);

2) *в залежності від характеру благ на які впливає забезпечення:*

- особисті забезпечення (засновані на довірі до боржника чи третьої особи – порука, гарантія, неустойка);

- речові забезпечення (засновані на майновому забезпеченні боргу – застава, притримання);

3) *в залежності від співпадання забезпечення виконання зобов'язання з мірою цивільної відповідальності:*

- спосіб забезпечення виконання, що сам по собі виступає мірою цивільної відповідальності (завдаток переходить у власність кредитору у випадку винного невиконання/ неналежного виконання боржником основного обов'язку);

- спосіб забезпечення виконання, що не є мірою цивільної відповідальності (порука, гарантія не залежать від наявності вини в діях боржника, вони реалізуються у випадку фактичного невиконання/ неналежного виконання боржником основного обов'язку);

4) *в залежності від призначення способу забезпечення виконання зобов'язання:*

- вплив на боржника для стимулювання належної поведінки у зобов'язальних правовідносинах (неустойка, завдаток – створюють умови при яких вірогідність виконання боржником своїх обов'язків значно підвищується);

- формування гарантій для кредитора у випадку невиконання боржником свого обов'язку (порука, гарантія – реалізуються за рахунок третіх осіб, щодо яких кредитор проявив довіру, поклався на їх добросовісність та на здатність впливати на поведінку боржника);

- комбінований вплив, що стимулює боржника і створює додаткові гарантії кредиторові (застава, притримання – найбільш широкий вплив, а відповідно й високий рівень забезпечення прав та інтересів кредитора).

Існують й інші критерії для класифікації способів забезпечення виконання зобов'язань, однак, вищезазначені являються найбільш характеризуючими суть даного інституту права.

Важливим є розуміння того факту, що акцесорне (додаткове) зобов'язання не завжди реалізується через винне невиконання або неналежне виконання боржником основного зобов'язання. У своїй більшості такі зобов'язання можуть виникати навіть без вини боржника, достатньою підставою для них є сам факт порушення боржником основного зобов'язання. Наглядно це продемонстровано у таблиці.

| <i>Вид забезпечення виконання зобов'язання</i> | <i>Наявність вини боржника для реалізації акцесорного зобов'язання</i> | <i>Норма права</i> |
|---|--|---------------------------|
| Неустойка | Наявна вина боржника. Кредитор не має права на неустойку в разі, якщо боржник не відповідає за порушення зобов'язання (випадок, непереборна сила) | ч.3 ст. 550 ЦК |
| Порука | Вина боржника не має значення. | |
| Гарантія | Вина боржника не має значення. | |
| Завдаток | Наявна вина боржника. | Ст. 571 ЦК |
| Застава | Вина боржника не має значення. | |
| Притримання | Вина боржника не має значення. | |

Розглянувши основні класифікації забезпечення виконання зобов'язання, стає зрозумілим наявність такої їх кількості та значення у регулюванні зобов'язальних правовідносин. Сторони договору з огляду на вид зобов'язання, ступінь довіри до особи боржника, бажання мати додаткові матеріальні гарантії добровільно обирають спосіб забезпечення при укладанні основного зобов'язання.

Важливим є розуміння того, що даний інститут приватного права створений в інтересах кредитора та розвитку приватної сфери життя в цілому. Для боржника він створює додаткові негативні наслідки і навряд чи останній стане ініціатором таких домовленостей. Однак, часто саме готовність боржника йти на такі додаткові обтяження може свідчити про його добросовісність, готовність до співпраці та створює сприятливі умови для цивільного обігу. В умовах ринку ризику стають звичайним явищем і тому нехтування механізмами безпеки, до яких відносимо способи забезпечення виконання зобов'язань, нерозумне.

Перейдемо до правового аналізу видів забезпечення виконання зобов'язання, що запропоновані главою 49 ЦК України.

НЕУСТОЙКА. Даний вид забезпечення являється самим розповсюдженим. Поняття *неустойки* встановлено у ст. 549 ЦК України – це грошова сума, або інше майно, які боржник повинен передати кредиторіві у разі порушення зобов'язання.

Закони виділяє два види неустойки: штраф та пеня.

Штрафом є неустойка, що обчислюється у відсотках від суми невиконаного або неналежно виконаного зобов'язання (ч. 2 ст. 549 ЦК України).

Пенею є неустойка, що обчислюється у відсотках від суми несвоєчасно виконаного грошового зобов'язання за кожен день прострочення виконання (ч. 3 ст. 549 ЦК України).

Аналізуючи види неустойки, слід зазначити, що саме пеня стає тим стимулюючим механізмом, що спонукає боржника до швидкого усунення

недоліків своєї поведінки. Штраф, оскільки являється фіксованою сумою, не стимулює до такого виправлення. Він є ефективним виключно як превентивний захід.

Зазвичай неустойку сприймають як грошову виплату. Однак, ч. 1 ст. 549 ЦК України зазначає, що неустойка – це грошова сума або *інше майно*. Мова йде про так звану «товарну неустойку». Вченими вже не одноразово зазначалося, що це новела ЦК України, механізм реалізації якої доки чітко невизначений, тому існують складнощі з визначенням розміру такої неустойки та її стягненням. Причому ці складнощі не означають неможливість такого розрахунку³⁵. Однак, на практиці учасники зобов'язальних правовідносин частіше обирають саме грошову форму неустойки.

Неустойка відноситься до способу забезпечення виконання зобов'язання який встановлюється домовленістю між сторонами або законом. Відповідним чином буде визначатися й її розмір: у випадку встановлення неустойки договором – розмір визначається домовленістю, а у випадку встановлення неустойки положенням нормативно-правового акту – в останньому зазначається й розмір неустойки.

Ч. 2 ст. 551 ЦК України наголошує на тому, що розмір неустойки, встановлений законом, може бути збільшений у договорі, якщо таке збільшення не заборонено законом. Також сторони можуть домовитися про зменшення розміру неустойки, встановленого актом цивільного законодавства, крім випадків, передбачених законом.

Тоді мова буде йти про неустойку встановлену законом, однак щодо її розміру сторони мають домовитися у письмовому правочині.

Закон також допускає перегляд розміру неустойки судом у випадку, коли її розмір значно перевищує збитки кредитора, або якщо є інші суттєві обставини (ч.3 ст. 551 ЦК України).

³⁵ Цивільне право: підручник: у 2 томах. 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. Х.: Право, 2012. Т.2. С. 55.

Виходячи з даного положення закону логічним є висновок про компенсаційний характер неустойки, точніше орієнтованість її на розмір збитків кредитора. Однак при цьому вона не є компенсацією збитків. Далі у ст. 552 ЦК України законодавець наголошує на тому, що сплата неустойки не позбавляє кредитора права на відшкодування збитків, завданих невиконанням або неналежним виконанням зобов'язання.

Тобто збитки являються орієнтиром у визначенні розміру неустойки але зазвичай не погашаються нею.

У науковій літературі зустрічається класифікація неустойки в залежності від її співвідношення до збитків кредитора. Отже виділяють 4 види: штрафну, залікову, альтернативну та виключну неустойку³⁶. Для розуміння їх характеристик слід звернутись до таблиці.

| <i>Вид неустойки</i> | <i>Як встановлюється відповідний вид неустойки</i> | <i>Розмір по відношенню до збитків кредитора</i> | <i>Функції, які виконує неустойка</i> |
|-----------------------------|---|---|--|
| штрафна | Класичний вид, передбачений ст. 624 ЦК України (якщо не встановлений інший вид договором) | Не залежить від розміру і відшкодування збитків | Штрафна функція |
| залікова | Встановлюється договором | Зараховується до суми для відшкодування збитків | Штрафна та компенсаційна функції |

³⁶ Цивільне право: підручник: у 2 томах. 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. Х.: Право, 2012. Т.2. С. 56.

| | | | |
|----------------------|--------------------------|--|----------------------------------|
| альтернативна | Встановлюється договором | Кредитор обирає або неустойку або компенсацію збитків | Штрафна та компенсаційна функції |
| виключна | Встановлюється договором | Виплачується лише неустойка, незалежно від наявності і розміру збитків | Штрафна та компенсаційна функції |

Оскільки неустойка є мірою цивільно-правової відповідальності і здатна забезпечити кредитора альтернативним майном у разі отримання збитків через невиконання або неналежне виконання боржником своїх основних обов'язків, вона стає дуже привабливим способом гарантування інтересів кредитора. Адже компенсація, яку отримує кредитор своєї шкоди за рахунок неустойки, визначається одразу (договором або законом) і не потребує додаткового доказування наявності та розміру збитків. Тому неустойку визнають «царицею серед способів забезпечення виконання зобов'язань»³⁷.

Однак, зважаючи на такі позитивні характеристики та широке застосування неустойки, слід враховувати скорочений строк, в порівнянні з загальним, для задоволення вимоги кредитора щодо неї. Цивільним законодавством, відповідно до ч.2 п.1 ст. 258 ЦК України, встановлюється спеціальний строк позовної давності до вимог щодо сплати неустойки (штрафу, пені) – 1 рік. Для порівняння: щодо усіх інших видів забезпечення виконання зобов'язання, то цей строк є загальним – 3 роки.

Виплата боржником неустойки, незалежно від її конкретного різновиду, не позбавляє останнього від обов'язку виконати основне

³⁷ Цивільне право України: підручник: у 2 кн. Кн. 1. За ред.. О.В. Дзери, Н.С. Кузнецової. К.: Юрінком Інтер, 2002. С. 663.

зобов'язання в натурі, якщо інше не встановлено законом або договором (ст. ч.1 ст. 622 ЦК України).

ПОРУКА. Даний вид забезпечення виконання зобов'язання передбачає задоволення прав та інтересів кредитора поручителем у випадку коли сам боржник порушив зобов'язання.

Ст. 553 ЦК України надає визначення договору поруки та зазначає, що поручитель поручається перед кредитором боржника за виконання ним свого обов'язку. Поручитель несе відповідальність перед кредитором за порушення зобов'язання боржником.

Законом закріплена солідарна відповідальність боржника і поручителя перед кредитором (ч.1 ст. 554 ЦК України). Але зазначається, що договором може бути встановлена і субсидіарна, тобто додаткова відповідальність поручителя. Відповідно, при солідарній відповідальності боржників кредитор може звернути своє право вимоги до будь-кого з боржників за власним вибором, а при субсидіарній – спершу до основного боржника і лише після його відмові від виконання зобов'язання до поручителя.

Якщо поручителів кілька по одному договору, то вони також відповідають солідарно перед кредитором, якщо інше не буде встановлено договором поруки. Й така позиція законодавця є досить логічною.

Таким чином, можна стверджувати, що законодавець встановлює солідарну відповідальність для поручителя(-ів) та боржника. Однак норма є диспозитивною і контрагенти можуть змінити за домовленістю цей вид відповідальності.

Законодавство України не передбачає обов'язку банку чи іншої фінансової установи (кредитора) інформувати поручителя про фінансовий стан боржника перед укладанням договору. Незадовільний майновий стан боржника не може вплинути на факт визнання договору поруки недійсним³⁸.

³⁸ Васильєв С.В. Особливості розгляду окремих категорій цивільних справ: навчальний посібник. Харків: Еспада, 2012. С. 79.

Однак, слід звернути увагу на то, що зазвичай розуміння поручительства зводиться до виконання поручителем обов'язку в натурі замість боржника, який від цього ухилився. Таке виконання обов'язку не є саме по собі відповідальністю. Маємо справу лише з можливою заміною боржника у зобов'язальних правовідносинах.

Як зазначалося у доктрині цивільного права, покладання на особу цивільно-правової відповідальності означає виникнення у цієї особи додаткового майнового обов'язку, якого не існувало до порушення зобов'язання³⁹.

Зважаючи на те, що поручительство у своїй класичній формі не передбачає сплату поручителем компенсацій за завдану шкоду невиконанням або неналежним виконанням зобов'язання боржником, а лише виконання обов'язку в натурі, то про це має бути прямо зазначено у договорі поруки. З огляду на виклад норми ч. 1 ст. 553 ЦК України, презюмовано, що поручитель несе відповідальність, адже сказано «поручитель відповідає перед кредитором за порушення зобов'язання боржником». Говорити про відповідальність поручителя в такій ситуації стане недоречно лише тоді коли це прямо буде оговорено у договорі поручительства. Лише тоді слід вести мову про перекладання основного обов'язку боржника на поручителя, а не про перекладання відповідальності вцілому.

Відповідно до ч. 2 ст. 554 ЦК України, поручитель відповідає перед кредитором у тому ж обсязі, що і боржник.

Підводячи підсумок щодо обов'язку поручителя згідно закону, слід зазначити, що він має:

1. виконати обов'язок боржника в натурі за основним договором;
2. компенсувати завдану невиконанням (неналежним виконанням) боржником свого основного зобов'язання (відшкодувати шкоду);

³⁹ Цивільне право: підручник: у 2 томах. 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. Х.: Право, 2012. Т.2. С.62.

3. виконати інші обов'язки боржника, що передбачалися договором (сплата відсотків за прострочення, неустойки, тощо).

Практика судових розглядів цивільних справ свідчить про використання такого забезпечення виконання зобов'язань як порука виключно для грошових зобов'язань⁴⁰. Однак норми закону не обмежують застосування цього інституту для інших видів зобов'язань. Пояснити це явище можна тим, що виконання майнового обов'язку в натурі кредитору складно передоручати іншій особі, якщо це не сплата грошей, а пов'язано з іншим майном.

Щодо виконання зобов'язання поручителем слід звернути увагу на те, що чинне законодавство не встановлює строку виконання поручителем свого обов'язку перед кредитором. В той же час ч.4 ст. 559 ЦК України передбачає, що порука припиняється після спливу строку, який встановлений в договорі. Якщо ж строк такий у договорі поруки не встановлений, то він дорівнює 6 місяцям з моменту настання строку виконання основного зобов'язання у випадку, якщо кредитор не пред'являтиме свої вимоги до поручителя протягом усього цього часу. І навіть якщо строк виконання основного зобов'язання не встановлений або визначається моментом пред'явлення вимоги кредитора, порука припиняється після спливу 1 року з моменту укладання договору поруки, якщо протягом цього періоду кредитор не пред'явить свої вимоги до поручителя. Усі ці строки будуть актуальними якщо інші не будуть передбачені законом.

Таким чином, робимо висновок про те, що строк поруки може визначатися договором, але якщо він в ньому не встановлений, то тоді визначається згідно закону і може дорівнювати 6 місяцям або 1 року в залежності від визначеності моменту настання виконання в основному зобов'язанні.

⁴⁰ Єдиний державний реєстр судових рішень України. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/> (дата звернення 20.10.2021)

Сама по собі порука виступає послугою, яку надає поручитель боржникові. Закон допускає оплатний характер такої послуги (ст. 558 ЦК України). А це означає, що між поручителем та боржником існують також цивільні договірні правовідносини – договір про надання послуг (окремий), або основний трьохсторонній договір з кредитором в якому будуть прописані умови даної послуги для боржника, розмір та форма її оплати.

Підставою поручительства є договір поруки, який має бути укладений обов'язково у письмовій формі. Недодержання цієї форми робить договір нікчемним. Нотаріального посвідчення договору закон не вимагає, але сторони можуть за власним спільним бажанням здійснити таке завірення. Воно дозволить кредитору у випадку необхідності застосування примусу до поручителя для виконання зобов'язання уникнути його судової форми, а застосувати виконавчий напис нотаріуса. Такий варіант простіший у реалізації.

Договір поруки може бути двостороннім, тобто укладеним між кредитором за основним зобов'язанням, у яке він вступив з боржником, та між поручителем. Однак можливе укладання трьохстороннього договору, а саме основного договору у якому буде прописана одна з умов – забезпечення цього зобов'язання порукою. Відповідно такий договір узгоджується й підписується трьома сторонами правочину.

До поручителя, який виконав своє зобов'язання перед кредитором, переходять права цього кредитора по відношенню до боржника. Однак, важливим є й те, що до цього обсягу включаються не тільки права по основному зобов'язанню, а також й права, що забезпечували виконання договору. На підставі ст. 556 ЦК України, кредитор зобов'язаний передати поручителю, який виконав перед ним своє зобов'язання, документи, що підтверджують обов'язок боржника.

Слід мати на увазі, що поручителів може бути кілька у одного боржника. В такому випадку, зважаючи на обсяги виконання ними основного

обов'язку замість боржника, до них пропорційно перейдуть і права кредитора (ч.3 ст. 556 ЦК України).

Законодавець у ст. 559 ЦК України передбачив кілька підстав для припинення поруки, а саме:

1. припинення основного зобов'язання;
2. зміна основного зобов'язання без згоди поручителя й зі збільшенням обсягу його відповідальності;
3. відмова кредитора прийняти належне виконання від боржника або поручителя;
4. переведення основного зобов'язання на нового боржника за якого поручитель не ручався;
5. закінчення строку поруки визначеного договором або законом.

Перелік підстав припинення поруки є вичерпним.

ГАРАНТІЯ. Відповідно до ст. 560 ЦК України, за гарантією банк, інша фінансова установа, страхова організація (гарант) гарантує перед кредитором (бенефіціаром) виконання боржником (принципалом) свого обов'язку.

Маємо ситуацію подібну до поруки, адже інша особа бере на себе відповідальність перед кредитором за порушення зобов'язання боржником. Однак, є ряд особливостей даного способу забезпечення виконання зобов'язання, що відокремлюють його від поруки, зокрема – спеціальний суб'єкт гарантії. Гарантом може бути лише фінансова установа.

Законом України «Про фінансові послуги та державне регулювання ринків фінансових послуг» № 2664-III від 12.07.2001 у ст.1 дається визначення фінансової установи і надається перелік таких установ. До них зокрема належать банки, страхові компанії, ломбарди, лізингові компанії, кредитні спілки, довірчі товариства, установи накопичувального пенсійного забезпечення, компанії і інвестиційні фонди та інші юридичні особи, виключним видом діяльності яких є надання фінансових послуг, а у

випадках, прямо визначених законом, - інші послуги (операції), пов'язані з наданням фінансових послуг.

Така вимога до гаранта є обов'язковою й відповідно, якщо гарантія буде надаватись не фінансовою установою вона буде визнаватися недійсною. Усі інші особи можуть реалізувати свою підтримку боржника через інститут поруки де відсутні такі вимоги до поручителя.

Гарант згідно письмового договору бере на себе обов'язок сплатити вказану грошову суму кредитор-бенефіціару у випадку невиконання боржником-принципалом свого обов'язку.

Ще однією особливістю гарантії є її незалежність від основного зобов'язання навіть тоді коли в договорі гарантії є посилання на основний договір. Ст. 562 ЦК України вказує, що навіть якщо основний договір буде визнаний недійсним або припиниться – гарант все одно матиме обов'язок перед кредитором-бенефіціаром сплатити певну грошову суму. Отже, в даному випадку мова йде про виключення з загального правила, передбаченого в загальних положеннях про забезпечення виконання зобов'язання – ч. 2 ст. 548 ЦК України. У ньому передбачалося, що недійсність основного зобов'язання спричиняє недійсність й акцесорного, якщо інше не встановлено ЦК України. Норма ст. 562 ЦК України якраз є тим виключенням. Зобов'язання гаранта існують і розвиваються незалежно від основного договору.

Такий автономний характер гарантії робить її значно надійнішим способом забезпечення виконання зобов'язань аніж інші і стає бажанішим для задоволення інтересів кредиторів.

Відповідно до положень цивільного законодавства (ст. 563 ЦК України), кредитор-бенефіціар не отримавши від боржника виконання має право вимагати від гаранта сплати грошової суми відповідно до умов гарантії. Однак для реалізації цього права кредитор має:

- 1) пред'явити вимогу до гаранта в письмовому вигляді з вказівкою на те в чому саме проявилось порушення боржником зобов'язання;

- 2) додати до вимоги документи, що передбачалися гарантією;
- 3) дотриматися строку, вказаного в гарантії, для пред'явлення вимоги до гаранта.

Порушення кредитором будь-якого з цих пунктів надає можливість гаранту право відмови в задоволенні вимоги кредитора-бенефіціара.

Однак виникають сумніви щодо незалежного характеру гарантії (ст. 562 ЦК України) - кредитору-бенефіціару обов'язково необхідно надати підтвердження порушення основного зобов'язання боржником, що вже саме по собі свідчить про залежність гарантії від нього. У науці цивільного права вже наголошувалося на невідповідності такого незалежного характеру дійсності⁴¹.

Вважаємо, що законодавець акцентуючи увагу на незалежному характері гарантії мав на увазі її незалежність лише від таких фактів як припинення або недійсність основного зобов'язання, що прямо згадується у ст. 562 ЦК України. У таких випадках гарант залишається зобов'язаною стороною і має виплачувати суму передбачену договором гарантії. У всіх інших випадках – гарантія залежна від основного обов'язку про що свідчать ст. ст. 563-565 ЦК України.

Гарант отримавши письмову вимогу від кредитора-бенефіціара набуває нових обов'язків, що передбачені ст. 564 ЦК України:

- 1) негайно повідомити боржника-принципала про отриману вимогу від кредитора;
- 2) передати боржникові-принципалу копії документів, що надійшли від кредитора-бенефіціара;
- 3) розглянути вимогу кредитора та додані документи і встановити їх відповідність умовам гарантії.

Саме такий порядок дій забезпечить нормальний розвиток правовідносин, максимально забезпечить активну позицію боржника-

⁴¹ Цивільне право: підручник: у 2 томах. 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. Х.: Право, 2012. Т.2. С.73.

принципала у відносинах зі своїм кредитором-бенефіціаром та забезпечить інтереси кредитора і гаранта.

Як уже зазначалося, обов'язок гаранта не пов'язаний з основним договором, та обмежується сплатою лише тієї суми, яка зазначена у договорі гарантії. Однак, слід мати на увазі, що підхід до обсягу його відповідальності зміниться, якщо гарант порушить своє зобов'язання перед кредитором. Тоді він може відповідати й у більшому обсязі, аніж зазначена сума. Тобто слід відрізнити відповідальність гаранта у разі порушень боржника від відповідальності гаранта у разі власних порушень.

Законодавець передбачив спеціальну норму – ст. 569 ЦК України, в якій наголошується на праві гаранта на регрес. Така норма відсутня у параграфі 3 гл. 49 ЦК України «Порука». Однак це не означає, що регрес від поручителя до боржника не пред'являється. У ст. 544 ЦК України передбачається можливість солідарного боржника (а саме таким зазвичай є поручитель) пред'явити вимогу до інших солідарних боржників в рівній частці про компенсацію йому суми, яку він виплатив з вирахуванням його частки. Регрес передбачається й іншими нормами цивільного права – ст. ст. 619, 1191 ЦК України.

Наявність спеціальної норми щодо права гаранта на регрес пов'язано з варіаціями відповідальності гаранта, що впливає й на розміри виплат гарантом. Як ми вже зазначали слід відокремлювати відповідальність гаранта перед кредитором за невиконання обов'язку боржником від відповідальності гаранта у разі власних порушень договору гарантії. Регрес може бути заявлений гарантом виключно в межах суми, яка сплачувалась ним за гарантією. Інші грошові виплати, що перевищувати вказану суму й пов'язані з тим, що гарант сам порушив свій обов'язок і відповідав перед кредитором за власні діяння, можуть витребуватися в порядку регресу з боржника виключно у випадку, якщо це передбачалося договором між гарантом та боржником (ст. 569 ЦК України).

Гарантія – є способом забезпечення виконання зобов'язань, який для своєї реалізації потребує існування певних правових зв'язків. По-перше, боржник-принципал має домовитись з гарантом про забезпечення останнім його обов'язку перед кредитором. По-друге, принципал вступає в договір з кредитором-бенефіціаром з умовою про забезпечення виконання зобов'язання. І врешт, по-третє, кредитор-бенефіціар укладає договір з гарантом про забезпечення виконання зобов'язання боржником-принципалом. Лише при таких правових зв'язках можлива реалізація інституту гарантії.

Враховуючі усі специфічні ознаки гарантії, що були нами розглянуті вище, а також існування певної кількості її спільних ознак з таким способом забезпечення виконання зобов'язань як порука, наведемо порівняльну таблицю цих двох способів забезпечення задля остаточного з'ясування їх характеристик.

| Характеристика | ПОРУКА | ГАРАНТІЯ |
|--------------------------------------|---|---|
| Суб'єкт | Будь-яка особа (фізична / юридична) | Фінансова установа (юридична особа) |
| Відношення до основного зобов'язання | Акцесорний характер | Незалежний характер |
| Наявність оплати послуги | Оплатна послуга | Оплатна послуга |
| Відповідальність | Солідарна (з боржником), можлива субсидіарна (якщо встановлена договором) | Самостійна перед кредитором |
| Розмір виплат кредиторю | Обсяг, що відповідає обов'язкам боржника | Обсяг встановлюється договором гарантії |

| | | |
|---|---|--|
| | (основний борг, проценти, неустойка, збитки тощо) | |
| Право на регрес до основного боржника | Існує, в межах частки боржника | Існує, в межах суми за договором гарантії |

Припинення гарантії може відбутися з причин передбачених ч. 1 ст. 568 ЦК України, а саме: через сплату кредитором суми, відповідно до договору гарантії; через сплив строку на який було укладено договір гарантії; через відмову кредитора від своїх прав згідно договору гарантії шляхом повернення його гарантові або шляхом подання гарантові письмової заяви про звільнення його від обов'язків за гарантією.

ЗАВДАТОК. Визначення поняття *завдатку* надано законодавцем у ст. 570 ЦК України, згідно з якою це грошова сума або рухоме майно, що видається кредитором боржником у рахунок належних з нього за договором платежів, на підтвердження зобов'язання і на забезпечення його виконання.

Як спосіб забезпечення виконання зобов'язання, завдаток являється формою цивільно-правової відповідальності причому не лише боржника, як це характерно для інших способів забезпечення виконання зобов'язання, а й самого кредитора. Така характеристика робить цей спосіб забезпечення унікальним. Причому втрати, яких можуть зазнати сторону у разі свого невиконання обов'язку рівноцінні.

Законодавець зазначає, що якщо порушення зобов'язання сталося з вини боржника, завдаток залишається у кредитора. Але якщо порушення зобов'язання сталося з вини кредитора, він зобов'язаний повернути боржникові завдаток та додатково сплатити суму у розмірі завдатку або його вартості (ч. 1 ст. 571 ЦК України).

Відповідно розмір завдатку і визначає розмір втрат у разі порушення зобов'язання відповідною стороною. Однак, відповідальність може цією сумою не обмежуватися. У разі якщо сторона зазнала збитків через дії контрагента, окрім втрати/подвійної виплати, вона має відшкодувати другій стороні збитки в сумі, на яку вони перевищують розмір (вартість) завдатку, якщо інше не встановлено договором (ч. 2 ст. 571 ЦК України).

Важливо, що завдаток може бути втрачений або повернутий у подвійному розмірі лише у разі винної поведінки контрагента, про що зроблений наголос у ст. 570 ЦК України.

У разі належного виконання зобов'язання сума завдатку може зараховуватися в рахунок належних з боржника платежів. Якщо завдаток був рухомим майном, то доля речей вирішується за домовленістю сторін.

Для легітимності завдатку, можливості застосовувати до відповідних відносин норми, що регулюють способи забезпечення виконання зобов'язань – главу 49 ЦК України, необхідно, щоб договір завдатку був укладений в письмовій формі і містив вказівку на те, що передані за договором грошова сума або рухоме майно є завдатком. Інакше – передана грошова сума буде вважатися авансом. Право власності на нього не набуває особа, яка його отримує до факту виконання зобов'язання в повному обсязі. Якщо ж таке виконання не настане – аванс має бути просто повернутий власникові.

Таким чином, аванс не забезпечує виконання зобов'язання, не являється формою цивільно-правової відповідальності, тому не має тієї спонукальної, дисциплінуючої функції.

Законодавець не обмежує коло суб'єктів, які можуть стати учасниками договору завдатку, відповідно його можуть укладати між собою і фізичні, і юридичні особи, територіальні громади, а також інші учасники правовідносин, передбачені ст. 2 ЦК України.

Слід мати на увазі, що завдаток є домовленістю для забезпечення основного зобов'язання. Тому втрата завдатку, або його повернення у подвійному розмірі не означає, що виконане основне зобов'язання.

Відповідна сторона не звільняється від обов'язку виконати основне зобов'язання після вирішення долі завдатку.

ЗАСТАВА. Ст. 572 ЦК України, надає визначення такого способу забезпечення виконання зобов'язання як застава. В силу *застави* кредитор (заставодержатель) має право у разі невиконання боржником (заставадавцем) зобов'язання, яке забезпечене заставою, а також в інших випадках, встановлених законом, одержати задоволення за рахунок заставленого майна переважно перед іншими кредиторами цього боржника, якщо інше не встановлено законом (право застави).

Саме існуючий ризик втрати майна-застави боржником стає важливим стимулюючим засобом впливу на його належну поведінку. А у разі все ж невиконання боржником свого обов'язку, застава дозволить кредитору використати цей інститут права й самостійно за рахунок майна-застави відновити свої права та інтереси. Причому закон передбачає повне задоволення вимог кредитора за рахунок реалізації предмета застави, як то основний борг, сплата процентів, неустойка, відшкодування збитків, завданих порушенням зобов'язання, необхідні витрати на утримання заставленого майна, а також витрат, понесених у зв'язку із пред'явленням вимоги, якщо інше не встановлено договором (ч.2 ст. 589 ЦК України).

Розмір грошового задоволення на яке має право кредитор вираховується на момент його фактичного задоволення, з врахуванням змін цін, коефіцієнта інфляції, тощо.

Вказівка закону на те, що заставодержатель має переважне право перед іншими кредиторами боржника на забезпечення своїх зобов'язань за рахунок предмета застави стає гарантією задоволення його прав.

Усі ці характеристики застави свідчать про ефективний та дієвий механізм забезпечення.

Сторонами у договорі застави є заставадавець (боржник або третя особа) та заставодержатель (кредитор). Якщо заставадавцем буде третя особа, то мова йде про так званого майнового поручителя.

Зазвичай заставадавець має бути власником, адже акт застави – це акт розпорядження майном, який може здійснювати виключно власник речі. Однак ч.3 ст. 583 ЦК України зазначає, що окрім власника речі заставадавцем може бути й особа, якій належить майнове право, а також особа, якій власник речі або особа, якій належить майнове право, передали річ або майнове право з правом їх застави. Застава права на чужу річ здійснюється також лише за згодою власника речі, якщо відповідно до договору або закону потрібна така згода.

Якщо предмет застави перебуває у спільній власності, то він може бути переданий заставодержателю виключно за згодою усіх співвласників.

Статус третьої особи – майнового поручителя потребує детальної характеристики. Вище нами вже був розглянутий такий інститут цивільного права як порука, яка також є способом забезпечення виконання зобов'язання. Поручитель ручався за виконання зобов'язання боржником і виступав з ним разом солідарним боржником по відношенню до кредитора. Однак наперед поручитель не передавав кредиторіві ніякого майна. Майновий же поручитель – третя особа у заставі має передати своє майно кредиторув-заставодержателю вже при укладанні договору і не являється суб'єктом, що відповідає усім своїм майном перед кредитором (як це відбувається у поруці), а лише певним майном, яке визначено договором як предмет застави й передане кредиторіві. Отже, майнового поручителя у договорі застави слід відрізнити від поручителя за договором поруки.

Майновий поручитель може задовольнити вимогу кредитора без згоди боржника у разі небезпеки втратити право на майно (право оренди, право застави тощо) внаслідок звернення кредитором стягнення на це майно. У цьому разі до нього переходять права кредитора у зобов'язанні (ч. 3 ст. 528 ЦК України).

Інститут застави притаманний не лише приватному праву, а й також публічному – «кримінально-процесуальна застава», «податкова застава», «митна застава» тощо. Зрозуміло, що публічні інститути застави мають свої

відмінності від приватного, але суть, основний зміст залишається загальним для всіх його різновидів.

Ст. 574 ЦК України називає 3 підстави для виникнення застави:

- договір,
- закон,
- рішення суду.

Для регулювання зобов'язальних правовідносин забезпечених заставою застосовуються положення параграфу 6 гл. 49 розділу I та розділ II Книги п'ятої ЦК України, а також Закон України «Про заставу» № 2654-ХІІ від 02.10.1992.

Багато в чому вищевказаний закон дублює ЦК України. Однак слід мати на увазі що він є спеціальним нормативно-правовим актом, тому має застосовуватися в першу чергу.

Зокрема, ст. 13 Закону України «Про заставу» та ст. 577 ЦК України регулюють форму договору застави, зазначаючи, що він має бути укладений у письмовій формі. Однак для низки договорів закон встановлює нотаріальне завірення та державну реєстрацію: для договорів у яких предметом застави є нерухоме майно.

Нотаріальне посвідчення договору застави нерухомого майна провадиться за місцезнаходженням (місцем реєстрації) цього майна або за місцезнаходженням (місцем реєстрації) однієї із сторін договору, договору застави космічних об'єктів - за місцем реєстрації цих об'єктів.

Недотримання вимог закону щодо нотаріального посвідчення договору застави тягне за собою наслідок – визнання договору недійсним (нікчемним) (ст. 14 Закону України «Про заставу», ст. 220 ЦК України).

Окрім нотаріального посвідчення договору застави нерухомості, закон вимагає і державну реєстрацію такого предмета застави. Якщо ж предметом застави є рухоме майно, нотаріальне завірення не вимагається, але пропонується здійснити державну реєстрацію застави рухомого майна. Данні про таке обтяження можуть бути внесені в Державний реєстр обтяжень

рухомого майна відповідно до Закону України «Про забезпечення вимог кредиторів та реєстрацію обтяжень» № 1255-IV від 18.11.2003.

Така реєстрація хоча і не є обов'язковою, але стає зручним інструментом для кредиторів-заставодержателів, оскільки згідно ч.4 ст. 588 ЦК України заставодержатель зареєстрованої застави має переважне право на задоволення вимог із заставленого майна перед заставодержателями незареєстрованих застав та застав, які зареєстровані пізніше.

Таким чином, державна реєстрація договору застави рухомого майна є не обов'язковою, але її застосування суттєво збільшують ймовірність належного захисту прав та інтересів кредиторів.

Предметом застави може бути майно, зокрема річ, цінні папери, майнові права (ст. 4 ЗУ «Про заставу», ст. 576 ЦК України). І хоча сам Закон України «Про заставу» називає предметом цього договору майно та майнові права, така конструкція є некоректною, оскільки поняття майна більш ширше й включає в себе майнові права.

Однак така характеристика предмета застави недостатня, оскільки існує перелік майна, що не може бути предметом застави, а саме:

1. культурні цінності, що є об'єктами права державної чи комунальної власності і занесені або підлягають занесенню до Державного реєстру національного культурного надбання;
2. пам'ятки культурної спадщини, занесені до Переліку пам'яток культурної спадщини, що не підлягають приватизації;
3. вимоги, які мають особистий характер, а також інші вимоги, застава яких забороняється законом;
4. об'єкти державної власності, приватизація яких заборонена законодавчими актами, а також майнові комплекси державних підприємств та їх структурних підрозділів, що знаходяться у процесі корпоратизації;
5. гуртожитки як об'єкти нерухомого майна, житлові комплекси та/або їх частини, на які поширюється дія Закону України "Про забезпечення

реалізації житлових прав мешканців гуртожитків" (ст. 4 Закону України «Про заставу»).

Ст. 588 ЦК України передбачає можливість *наступної застави*, тобто укладання договору застави, предметом якого є майно, що вже є предметом іншої застави, якщо інше не встановлено попереднім договором застави або законом. Важливим є реалізація можливості зареєструвати заставу рухомого майна в Державному реєстрі обтяжень рухомого майна. Саме цей факт засвідчить, що заставодержатель першої зареєстрованої застави матиме переважне право перед іншими заставодержателями, навіть якщо вони фактично виникли раніше. Про цей механізм уже йшлося раніше. Таким чином застави зареєстровані після першої будуть вважатися наступними. Їх задоволення можливе лише після реалізації прав першого кредитора-заставодержателя.

Виділяють наступні види застав:

- 1) відповідно до положень ЦК України (ст. 575):
 - іпотека (застава нерухомого майна);
 - заклад (застава рухомого майна);
- 2) відповідно до структури Закону України «Про заставу»:
 - застава товарів в обороті або у переробці (розділ III);
 - заклад (розділ IV);
 - застава майнових прав (розділ V);
 - застава цінних паперів (розділ VI).

Іпотечним правовідносинам присвячений спеціальний нормативний акт – Закон України «Про іпотеку» № 898-IV від 05.06.2003. Цей закон має деякі розбіжності з ЦК України в регулюванні іпотеки про що неодноразово вже зазначалося науковцями⁴². Але зважаючи на спеціальний характер закону та відповідну вказівку в ньому (п. 2 Прикінцевих положень) - законодавчі та

⁴² Цивільне право України (традиції та новації): монографія. Авт. кол.; за ред. Є.О. Харитонова, Т.С. Ківалової, О.І. Харитонової; наук. ред. Н.Ю. Голубєва. Одеса: Фенікс, 2010. С. 548.

інші нормативно-правові акти, прийняті до набрання чинності Законом України «Про іпотеку», застосовуються у частині, що йому не суперечить.

Застава припиняється:

1. з припиненням забезпеченого заставою зобов'язання;
2. в разі загибелі заставленого майна;
3. в разі придбання заставодержателем права власності на заставлене майно;
4. в разі примусового продажу заставленого майна;
5. при закінченні терміну дії права, що складає предмет застави;
6. в інших випадках припинення зобов'язань, установлених законом (ст. 28 Закону України «Про заставу»).

Про припинення права на заставу відповідного майна вносяться дані у відповідний Державний реєстр.

ПРИТРИМАННЯ. Ще одним видом забезпечення виконання зобов'язання є притримання. І хоча у науковому середовищі щодо такого розуміння є суперечки⁴³, все ж ЦК України саме так його визначає у параграфі 7 глави 49. Закон України «Про забезпечення вимог кредиторів та реєстрацію обтяжень» відносить притримання рухомої речі до видів забезпечувальних обтяжень (ст. 21).

Кредитор, який правомірно володіє річчю, що підлягає передачі боржникові або особі, вказаній боржником, у разі невиконання ним у строк зобов'язання щодо оплати цієї речі або відшкодування кредиторів пов'язаних з нею витрат та інших збитків має право притримати її у себе до виконання боржником зобов'язання (ст. 594 ЦК України).

Притримання речі боржника, якою кредитор заволодів правомірно – спосіб вплинути на поведінку боржника у зобов'язанні, спонукання його до належного виконання свого обов'язку. Даний спосіб може бути достатньо

⁴³ Цивільне право: підручник: у 2 томах. 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. Х.: Право, 2012. Т.2. С.97.

ефективним, якщо річ представляє для боржника значну цінність. Але слід розуміти що якщо ні, то притримання не призведе до очікуваного результату.

Це суттєво відрізняє притримання від застави. Предмет останньої завжди цінна річ, предмет оговорюється завчасно й забезпечить права кредитора у повному обсязі. Притримання цього не гарантує, однак все ж таки існує ймовірність дисциплінувати боржника.

У той же час закон перекладає на кредитора, що притримує річ, ризик її випадкового знищення або випадкового пошкодження притриманої речі, хоча право власності на річ кредитор не отримує (ч.1 ст. 596 ЦК України).

Якщо ж притримання не призведе до виконання боржником свого обов'язку, ст. 597 ЦК України надає право кредиторіві реалізувати притриману річ для задоволення з її вартості своїх майнових прав в том ж порядку, що передбачений для реалізації предмета застави.

Розглянувши усі способи забезпечення зобов'язання хотілося б наголосити на ефективності, дієвості цього інструменту в зобов'язальних правовідносинах. Учасники правовідносин можуть на власний розсуд, з врахуванням своїх специфічних умов, особистих уподобань, кваліфікації, але головне за погодженням з контрагентом, якщо закон не встановлює іншого, обрати той спосіб забезпечення, який буде максимально гарантувати захист прав та інтересів кредитора.

Належне, правомірне виконання боржниками своїх обов'язків у зобов'язальних правовідносинах створить умови для безпечного та масштабного розвитку цивільного обігу, задоволення прав усіх учасників правовідносин і сприятиме зростанню правової держави в цілому.

1.3. Адаптація зобов'язального права в умовах євроінтеграційних прагнень України

Адаптація українського законодавства до норм права Європейського Союзу є однією з важливих умов поглиблення співпраці нашої держави з

Європейським Союзом та його державами-членами. Даний процес покликаний забезпечити необхідні передумови для переходу до наступних стадій інтеграції, включаючи повноправне членство України в Європейському Союзі.

Підписання Угоди про асоціацію між Україною та Європейським Союзом, а також прийняття інших документів, які визначали правові засади співпраці між Україною та ЄС, створило необхідні передумови для адаптації українського законодавства до норм права Європейського Союзу.

Адаптація, яка була передбачена Угодою про асоціацію та іншими документами, що регулюють співпрацю України та ЄС, має як спільні риси, так і суттєві відмінності від аналогічного процесу, здійснюваного на рівні Європейського Союзу та у відносинах ЄС з третіми країнами. Спільною для них є спільна мета будь-якої адаптації, яка полягає у створенні уніфікованого правового середовища для суб'єктів суспільних відносин в умовах ринкової економіки. Даний процес вимагає нівелювання відмінності в національних правилах, що регулюють ці відносини. Однак, адаптація в рамках співпраці України та ЄС спрямована також на створення сприятливих умов для доступу українських виробників і постачальників послуг на спільний ринок ЄС і на ринки країн, які визнають стандарти Європейського Союзу.

Як слушно зазначають Т. В. Сманило та Т. П. Гірчиця, європейська інтеграція – це шлях перетворення економіки України, подолання технологічної відсталості, залучення іноземних інвестицій і новітніх технологій, створення нових робочих місць, підвищення конкурентоспроможності вітчизняного товаровиробництва, вихід на світові ринки, насамперед на ринок ЄС. Крім того, в перспективі членство у ЄС відкриє шлях до колективних структур спільної безпеки Євросоюзу, забезпечить більш ефективну координацію дій з європейськими державами у сфері контролю за експортом і нерозповсюдження зброї масового знищення, дасть змогу активізувати співробітництво у боротьбі з тероризмом,

організованою злочинністю, контрабандою, нелегальною міграцією, наркобізнесом та інше⁴⁴.

Крім того, адаптація українського законодавства до права ЄС закладає правові основи для розбудови правового середовища, наближеного до вже існуючого в країнах-членах Союзу, і тим самим допомагає залучити інвестиції з держав, що вже є членами спільноти до більш активної діяльності в Україні. Така присутність має сприяти економічному розвитку нашої держави, а також залученню іноземних інвестицій в українську економіку.

Тим самим, адаптація законодавства об'єктивно прискорює інтеграцію України до ЄС, що зумовлює особливу зацікавленість України в процесах адаптації українського законодавства.

Разом з тим, адаптація українського законодавства з правом Євросоюзу повинна враховувати характер відносин сторін, визначати особливі способи і принципи її здійснення.

Доцільно відзначити, що сам процес адаптації українського законодавства з правом Євросоюзу почався задовго до підписання Угоди про асоціацію. Зокрема, спроби узгодити норми українського законодавства з правом ЄС робилися в галузях, що регулюють питання виконання зобов'язань, конкуренцію, трудові та соціальні відносини. Цей період можна назвати етапом добровільної адаптації. Для нього характерним є те, що він здійснювався за відсутності конкретних зобов'язань сторін у цій сфері. Він також проходив в умовах, коли дії України, з метою гармонізувати своє законодавство з правом Європейського Союзу, не були узгоджені з європейськими інтеграційними організаціями та їм був притаманний односторонній характер.

Треба відзначити, що в Угоді про асоціацію, адаптації українського законодавства з правом ЄС відведена першорядна роль в процесі зближення

⁴⁴ Смачило Т. В., Гірчиця Т. П. Стан і перспективи української євроінтеграції. *Молодий вчений*. № 11. 2017. С. 1305–1308.

України та Співтовариства. Зокрема, правові норми, що закріплені в преамбулі Угоди, пов'язують зближення законодавства з процесом реформ в Україні, з метою заохочення тим самим економічної інтеграції та поглиблення політичної асоціації. В цілому адаптація законодавства охоплює практично всі сфери співробітництва сторін. Таким чином, адаптація українського законодавства з правом Європейського Союзу має більш амбітну мету, ніж здійснення економічної інтеграції. Вона включає також реформування економіки та правової системи України в цілому.

Відповідно до положень Стратегії інтеграції України до Європейського Союзу, адаптація полягає у зближенні законодавства України з сучасною європейською системою права. Вона передбачає реформування правової системи України та поступове приведення у відповідність до європейських стандартів. У свою чергу Загальнодержавна програма адаптації законодавства України до законодавства Європейського Союзу, затверджена Законом України від 18 березня 2004 року № 1629-IV, зазначає, що адаптація полягає у приведенні законів України та інших нормативно-правових актів у відповідність з *acquis communautaire*. Зокрема, у розділі I вищезгаданого закону закріплено, що «метою адаптації законодавства України до законодавства Європейського Союзу є досягнення відповідності правової системи України *acquis communautaire* з урахуванням критеріїв, що висуваються Європейським Союзом (ЄС) до держав, які мають намір вступити до нього. Адаптація законодавства України до законодавства ЄС є пріоритетною складовою процесу інтеграції України до Європейського Союзу, що в свою чергу є пріоритетним напрямом української зовнішньої політики»⁴⁵.

Як показує практика діяльності європейських інтеграційних об'єднань, незважаючи на застосування ряду відмінних одна від одної дефініцій, як у

⁴⁵ Про Загальнодержавну програму адаптації законодавства України до законодавства Європейського Союзу: Закон України від 18.03.2004 № 1629-IV. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1629-15#Text>.

праві Євросоюзу, так і в угодах ЄС з третіми країнами, йдеться по суті про один і той же процес приведення національного законодавства у відповідність з приписами права європейських інтеграційних організацій. На нашу думку, термін «адаптація» найбільш вдало характеризує правову природу цього процесу – узгодити національні норми таким чином, щоб в обох випадках вони створювали однакові правові умови для діяльності суб'єктів господарювання в межах єдиного ринку. Як зазначають науковці, адаптація, заявлена як цільова установка правотворчого процесу, повинна включати в себе певні механізми отримання найбільш високого ступеня узгодженості і сумісності систем, які гармонізуються.

Варто відзначити, що Угода про асоціацію приділяє особливу увагу гармонізації не тільки існуючого, а й майбутнього законодавства України із законодавством ЄС, розглядаючи адаптацію як важливу умову для зміцнення економічних зв'язків між сторонами, поступової інтеграції України до внутрішній ринок спільноти, завершення переходу країни до функціонуючої розвинутої ринкової економіки.

Положення Угоди про асоціацію щодо адаптації законодавства мають рамковий характер, а їх реалізація потребує прийняття нормативно-правових актів, створення необхідних інституційних механізмів та здійснення відповідних дій як на міжнародному рівні у взаєминах між сторонами, так і в правопорядку України та ЄС.

На кожному з етапів, адаптація здійснюється шляхом застосування певних способів. У зв'язку з цим можна виділити кілька способів адаптації. По-перше, – це приєднання України до міжнародно-правових угод, які закріплюють міжнародні стандарти в певній галузі. Другий спосіб передбачає узгодження положень національних нормативно-правових актів, приписам інститутів Європейського Союзу, взаємне визнання національних стандартів України та ЄС.

Угода про асоціацію визначає основні сфери, в яких гармонізація здійснюється шляхом приєднання до міжнародних зобов'язань у певній

галузі. Ними є зобов'язальне право, захист прав на інтелектуальну власність, енергетика, статистика, транспорт, промислова і підприємницька політика, фінансові послуги, управління державними фінансами, трудові та соціальні відносини, комунікації, охорона навколишнього середовища, боротьба проти відмивання грошей і фінансування тероризму, протидія незаконному обігу наркотиків, боротьба зі злочинністю і корупцією, боротьба з тероризмом, митна справа, заснування юридичних осіб, інвестиції.

Як зазначається в науковій літературі, для адаптації українського законодавства до законодавства ЄС найбільш актуальними є визначення *acquis communautaire*, як умови для вступу до ЄС та як умов забезпечення взаємного доступу до ринків державних закупівель. *Acquis communautaire*, як умова для вступу є динамічним поняттям та має різний обсяг в залежності від сфери застосування, є ширшим за умови забезпечення взаємного доступу до ринків ЄС та може включати не лише вимоги до законодавства, проте і вимоги до політичних рішень, в той же час *acquis* вступу не передбачає необхідності повної імплементації законодавства ЄС⁴⁶.

Що стосується підходів до процесу зближення законодавства, то тут варто підкреслити переважно еволюційний характер. Його суть полягає в поступовому приведенні українського законодавства у відповідність зі змістом і цілями, закріпленими в нормах права ЄС. Такий підхід виправданий, оскільки національна система права має розвинений характер, тобто коли внутрішнє законодавство охоплює переважну більшість сфер, що входять до *acquis* ЄС.

У юридичній літературі наголошується, що однією з ключових складових права є питання регулювання цивільних правовідносин, тим більше що процес формування системи права ЄС все ще триває. Важливим є

⁴⁶ Ярошенко А.С., Костенко О.М. Адаптація законодавства України до *acquis communautaire* у сфері публічних закупівель. Теорія та практика адаптації законодавства України до законодавства ЄС : матеріали міжнародної науково-практичної конференції (м. Київ, 8 червня 2018 р.). Київ : Видавничий дім «Гельветика», 2018. С. 215-217. URL: http://library.nlu.edu.ua/POLN_TEXT/SBORNIKI_2020/Kiev-2018-56800849.pdf

також й те, що в умовах глобалізованої світової економіки Європейський Союз неминуче впливає на правовий і економічний простір нашої країни. Внаслідок цього унікальний досвід гармонізації та уніфікації цивільного права ЄС та тенденції його розвитку надзвичайно важливі для України. По-перше, ЄС - є нашим стратегічним партнером. По-друге, багато вітчизняних компаній працюють на ринку ЄС і зобов'язані дотримуватися його цивільного законодавства. Таким чином, законодавство ЄС та існуючі європейські академічні проекти щодо цивільного права становлять той міжнародний досвід, який Україні необхідно вивчати і враховувати для вдосконалення свого законодавства⁴⁷.

Зобов'язальне право характеризується як основна, базова підгалузь цивільного права на сучасному етапі розвитку. Доцільно підкреслити роль і місце норм про зобов'язання в регулюванні майнових відносин і ціннісну, системоутворюючу роль зобов'язального права для всього цивільного права. Сучасні цивілісти обґрунтовано зацікавлені в тому, щоб знання про зобов'язання виявилися міцними та непохитними, а законотворчі рішення однозначними, оскільки в подальшому буде потрібно складна та вельми копітка робота безпосередньо з законодавчими текстами. При цьому якщо тексти прийнятих законів є результатом запланованих та досить масштабних реформ, які враховують не тільки внутрішні, а й зовнішні чинники, зокрема, вплив європейських норм права, то завдання їх сприйняття значно ускладнюється. Вирішити її за допомогою коментарів чинного законодавства чи судової практики виявляється вже не досить проблематичним. Необхідно занурення в наукову складову цивільного права, що дозволить зрозуміти задуми законодавця та реалізацію в оновленій або новій правовій нормі. Подібне дослідження має й іншу мету, що полягає в тому, щоб привернути наукову увагу до недосліджених, малодосліджених або просто поки не

⁴⁷ Резворович К. Р., Юнін О. С., Круглова О. О. та ін. Реформування цивільного права в умовах євроінтеграції : навч. посіб. /– Дніпро : Видавець Біла К. О., 2019. 180 с.

помічених доктриною проблем, які виявилися у цивільному законодавстві в процесі правозастосовної діяльності.

Професор Н. Ю. Голубева наголошує, що важлива роль зобов'язального права в рішенні завдань сучасного періоду вимагає постійного розвитку і вдосконалення його норм. Великого значення у зв'язку з цим набуває науково обґрунтоване визначення шляхів вдосконалення правового регулювання зобов'язальних відносин⁴⁸.

Найперше, доцільно виділити три ознаки, що дозволяють відрізнити зобов'язальні відносини від інших видів правовідносин: право однієї особи вимагати вчинення на свою користь дій; визначеність необхідних дій; позитивний характер дій, який кореспондується з кредиторським інтересом. Аналогічні ознаки зобов'язальних відносин є визначальними і в європейській, зокрема, німецькій правовій доктрині і законодавстві, що послужило основою для українського законодавця в усвідомленні явища, що відноситься за німецьким правом до права вимоги кредитора.

Економічно обґрунтований інтерес кредитора завжди знаходиться в зоні ризику. І тому будь-яке зобов'язання завжди спрямоване в майбутнє. Цей інтерес за правилами про зобов'язання може бути задоволений тільки за рахунок чужих дій, носієм яких виступає певна особа – боржник. В умовах гуманізації права кредитор може та повинен розраховувати на те, що боржник зобов'язання виконає, при цьому дійсне виконання залежить від сумлінності чи недобросовісності його боржника. Тому законодавець нерідко приймає сторону кредитора, встановлюючи несиметричні правила для сторін зобов'язання. Цією ідеєю наповнено чимало норм Цивільного кодексу України. У їх числі сукупність норм, спрямованих на досить жорстку для цивільного права регламентацію дій зобов'язаної особи, про презумпцію процентного характеру грошових зобов'язань і тому подібне. З цієї ж сфери розширення засобів зміцнення кредиторських прав у вигляді переліку

⁴⁸ Голубева Н. Ю. Зобов'язальне право як підгалузь цивільного права. *Митна справа*. № 2. 2015. С. 96–101.

поіменованих способів забезпечення зобов'язань, що включає як речове (застава), так і особисте (порука та ін.) забезпечення, а також можливість узгодження непоіменованих способів забезпечення.

У прагненні збалансувати майнові інтереси кредитора і боржника законодавець направляє контрагентів по шляху співпраці та взаємної сумлінності, що можна також розцінювати як законодавчу підтримку кредитора.

Відносні правовідносини неоднорідні і мають власну систему, поки не до кінця вивчену сучасною цивілістикою. Зобов'язання – частина цієї системи. Іншими її частинами є корпоративні, реституційні, секундарні відносини. Ми будемо виходити також з позиціонування зобов'язальних правовідносин в якості одного з різновидів відносних правовідносин, що становить ще один методологічний орієнтир для подальших досліджень.

Історичний масштаб еволюції норм загальних положень про зобов'язання не надто великий. Будучи пов'язаним безпосередньо з кодифікаційними роботами, цей процес на своєму початку досить мало спирався на наукову думку, а тому в рівній мірі був як стихійним, так і необхідним. Даний процес зумовлювався різноманітністю зобов'язань та значним числом норм. В той же час, слід зазначити, що правильною логічною схемою розподілу законодавчого матеріалу може бути лише та, в якій є правила за якими загальні всім зобов'язанням, виділені особливо.

Не можна не відзначити той факт, що, при всій масштабній увазі подальшої цивілістики до зобов'язального права та його проблематики, проблеми побудови та систематизації загальних положень зобов'язального права було приділено критично мало уваги.

У новій редакції Цивільного кодексу систематизовані три групи зобов'язань – договірні, з заподіяння шкоди та зобов'язання з безпідставного збагачення на предмет співвідношення норм про них із загальними положеннями про зобов'язання.

Згідно ЦК, до договірних зобов'язань Загальні положення про зобов'язання застосовуються, якщо інше не встановлено правилами про окремі види договорів нормами Цивільного кодексу і нормами інших законів. Особливої новизни в цьому правилі немає, оскільки використовується відомий прийом, при якому пріоритет віддається не загальним нормам, а нормам спеціального законодавства. Але безсумнівної перевагою цього правила, як і наступних, включених до змісту ЦК, є їх легальність. Подібний прийом не тільки нагадує про логіку пандектної системи, що лежить в основі українського законодавства, але і несе розуміння того, що правила та конструкції, що відносяться до Загальних положень, незважаючи на їх точність та максимальну універсальність, не мають пріоритету перед спеціальними нормами про зобов'язання.

Норми про договірні зобов'язання представлені в Цивільному кодексі України трьома рівнями правового регулювання: 1) Загальні положення про зобов'язання; 2) Загальні положення про договір; 3) правила про окремі види договірних зобов'язань. Наявна система норм різного рівня про договірні зобов'язання та наявність правила про пріоритет одних норм з цієї лінійки над іншими – досить недосконалий орієнтир для суб'єктів правозастосування. Для того щоб розуміти, які в підсумку норми мають пріоритет у регулюванні договірних зобов'язань, а які лише субсидіарні, були потрібні значні зусилля.

Сучасні правила досить логічні та прозорі. Їх суть полягає в наступному: якщо мова йде про окреме зобов'язання, то, в умовах багаторівневого регулювання зобов'язань та їх різновидів пошук необхідної норми йде по траєкторії: від норми спеціальної до норми загальної. Така теоретична формула, на якій засноване правило українського цивільного законодавства стосовно договірних зобов'язань. На практиці це означає, що в регулюванні конкретного зобов'язання первинним є ресурс спеціальних норм, що містяться у відповідній главі Цивільного кодексу України про дане зобов'язання і (якщо такі є) в нормах спеціальних законів. Лише після

вичерпання цього ресурсу і виявленні нестачі спеціальних норм застосовуються загальні норми про зобов'язання, розташовані в ЦКУ.

До складу спеціальних норм, якими можуть витіснитися правила загальних положень про зобов'язання, входять так звані спеціальні закони. Вони є відповіддю на дискусію про ієрархію нормативних правових актів. В результаті законодавець взяв за основу позиції вищих судових інстанцій, де неодноразово висловлювалися сумніви про допустимість визначення ієрархії законів в самому законі, та звернули увагу на норми Конституції України, з яких випливає відсутність правової ієрархії в середині законів.

Відомо, що поділ норм на загальні та спеціальні проводиться в залежності від їх призначення. Загальні норми призначені для всіх суб'єктів, оскільки в них закріплені правила поведінки без урахування будь-яких особливостей економічної та іншої діяльності. Спеціальні норми відображають особливості правового регулювання в окремих сферах. Практичне ж значення такого поділу правових норм полягає в тому, що спеціальним нормам в процесі правозастосування віддається перевага перед загальними. Норми загальні застосовуються лише тоді, коли відповідні суспільні відносини не врегульовано або не повною мірою врегульовано в нормах спеціальних. Між загальними та спеціальними нормами існує нерозривний зв'язок: спеціальне законодавство базується на загальному законодавстві, воно залежно від нього, так як використовує конструкції та категорії загальних норм.

Загальна або проста норма цивільного права – це цивільний закон, що передбачає цивільно-правовий наслідок, який настає в силу наявності такої підстави цивільних прав та обов'язків, яке визначає загальне для всіх суб'єктів (об'єктів) цивільних прав умова правомірної реалізації певного наслідка, що впливає на кваліфікацію даного конкретного цивільного відносини. Спеціальна норма передбачає цивільно-правовий наслідок, який настає в силу наявності такої підстави цивільних прав і обов'язків, яке визначає особливу (виключну) для суб'єктів (об'єктів) цивільних прав умову

правомірної реалізації даного наслідки, що впливає на кваліфікацію даних конкретних цивільних відносин.

Підсумковий висновок про загальний або спеціальний характер ґрунтується на тому закономірному наслідку, який можливо вивести не тільки з характеру норми, а й місця розташування норм.

Розуміння співвідношення норм загальних і норм спеціальних, звичайно, не здатне абсолютно вберегти від потенційних субординаційних колізій при застосуванні норм зобов'язального права. В цивільному законодавстві, яке постійно ускладнюється приводів для цього вистачає. У їх числі різні форми концентрації загальних і спеціальних норм в нормативному матеріалі: Загальні положення Цивільного кодексу та загальні положення розділу, спеціальні параграфи та спеціальні закони. Тому потенційно можливі три види конкуренції цивільно-правових норм, що регулюють зобов'язальні відносини: між загальними нормами; між загальною і спеціальною нормами; між спеціальними нормами. Та й ст. 4 Цивільного кодексу України про закони, які мають прийматися відповідно до Цивільного кодексу, які передбачаються тільки як спеціальні, продовжує діяти в наявній редакції. Відповідно, закон, прийнятий «не відповідно» до норм ЦКУ, повинен буде спочатку перевірятися на відповідність ЦК і лише потім може бути застосований для регулювання відносин у форматі – загальний-спеціальний.

Однак видається, що проблема співвідношення спеціальних норм про зобов'язання і норм загальних має місце не тільки в описаних випадках. Вона полягає ще й в тому, як сприймати факти виникнення протиріч у разі зіткнення норм загальних та норм спеціальних: як процес негативний або як звичайний процес правореалізації і правозастосування, але обтяжений при цьому необхідністю подолання виниклого протиріччя через наявність в базі регулювання норм загальних та спеціальних. На наш погляд, в літературі цілком обґрунтовано пропонується відрізнити протиріччя від колізії.

Визнаючи обґрунтованість порядку співвідношення загальних і спеціальних норм про зобов'язання, встановленого Цивільним кодексом України, ряд вчених висловлюють побоювання, що його застосування знижує значення основоположних вимог до виконання зобов'язання, оскільки буквальне тлумачення положень коментованої статті призводить до висновку, що спеціальним законом може бути скасовано вимогу обліку прав та законних інтересів один одного, сумлінності при виконанні зобов'язання, взаємного сприяння та інше. Таке розуміння не відповідає цілям та суті правового регулювання. У цій частині можна заперечити за допомогою одного аргументу. Його суть полягає в тому, що всі норми про зобов'язання, як загальні, так і спеціальні, неформально пов'язані з нормами книги першої ЦКУ Загальні положення, а отже, і норми про зобов'язання пов'язані із загальними правилами щодо реалізації цивільних прав, які ні за яких умов не можуть бути скасовані або змінені.

У нормах Загальних положень про зобов'язання довгий час було відсутнє розмежування між договірними та позадоговірними (деліктними, кондикційними) зобов'язаннями і не були визначені особливості їх правового регулювання. На даний недолік та необхідність його виправити в цілому звертали увагу ще при розробці проекту Цивільного Уложення 1899 р. В даний час встановлено співвідношення загальних положень про зобов'язання з правилами про окремі види позадоговірних зобов'язань. Як встановлено, до зобов'язань внаслідок заподіяння шкоди та до зобов'язань внаслідок безпідставного збагачення Загальні положення про зобов'язання застосовуються, якщо інше не передбачено відповідно нормами і не впливає зі змісту відповідних відносин. Однак, порядок застосування загальних положень про зобов'язання для цілей регулювання зобов'язань позадоговірного характеру дещо інший. Тут також спеціальні норми пріоритетні по відношенню до Загальних положень. Але специфіка зобов'язань з заподіяння шкоди та зобов'язань з безпідставного збагачення передбачає можливість і іншого регулювання. Тому по відношенню до цих

видів зобов'язань закріплена необхідність врахування також і їх змісту зі встановленням пріоритету суті позадоговірних відносин над формальним текстом загальних положень про зобов'язання. Тим самим в законодавстві з'явилася ще одна оціночна категорія – зміст позадоговірного зобов'язання, розвинути та конкретизувати яку на законодавчому рівні, як видається, неможливо, внаслідок чого це стає завданням правозастосовачів.

Зміна предметних характеристик всього цивільного права за рахунок виокремлення у сфері його регулювання корпоративних відносин слід також скоординувати з нормами зобов'язального права. Це необхідно було зробити для того, щоб провести необхідне розмежування корпоративних та зобов'язальних відносин, яке в підсумку і відбулося. З прийняттям Цивільного кодексу України був усунений наявний недолік, коли діяли норми про зобов'язання, що визначали поняття «зобов'язання», проте не дозволяли відмежувати зобов'язання від інших категорій подібних цивільних правовідносин, перш за все корпоративних. Проблема розмежування була вирішена за рахунок внесення до Цивільного кодексу України норми про можливість застосування загальних положень про зобов'язання до інших певних цивільних правовідносин (реституційних, корпоративних), якщо інше не встановлено Цивільним кодексом України та іншими законами і не впливає зі змісту відповідних цивільних правовідносин.

Як встановлено Цивільним кодексом України, Загальні положення про зобов'язання застосовуються до відносин, які не є зобов'язальними. Йдеться про корпоративні та реституційні відносини, які не мають достатньої для акту кодифікації системної регуляції. Закріплення в Цивільному кодексі України норми про те, що до вимог, що виникли з корпоративних відносин, застосовуються загальні положення про зобов'язання, оскільки інше не встановлено Цивільним кодексом України, іншими законами або не впливає зі змісту відповідних відносин, завершило правове регулювання корпоративних відносин. Названа правова норма закріпила самостійність корпоративних відносин та відокремила їх від зобов'язальних та

реституційних відносин. Норми корпоративного законодавства та норми про реституцію є спеціальними, а тому мають перевагу перед загальним законодавством. Таким чином, законодавець допустив поширення загальних норм зобов'язального права на інші види відносних відносин, за умови, що спеціальних норм у законодавстві про реституцію та корпоративному законодавстві немає або недостатньо для їх регулювання.

Різноманітність суспільних відносин породжує різноманітність зобов'язань, які їх опосередковують, і відповідно, численні інститути зобов'язального права. Відповідно до традицій пандектної системи цивільного права зобов'язальне право поділяють на загальну і особливу частини.

Загальну частину зобов'язального права складають загальні для всіх зобов'язань положення: про поняття зобов'язання, виконанні зобов'язань, забезпеченні виконання зобов'язань, зміні осіб у зобов'язанні, відповідальності за порушення зобов'язань, припинення зобов'язань, понятті, умовах, порядку укладення, зміні та розірвання договору.

Особливу частину зобов'язального права складають різні договірні та позадоговірні інститути, що охоплюють норми про окремі види зобов'язань: купівлі-продажу, міни, дарування, ренти і довічного змісту з утриманням, оренди, найму житлового приміщення, безоплатного користування, підряду, виконання науково-дослідних, дослідно-конструкторських і технологічних робіт, надання послуг, перевезення, позики, кредиту, банківського вкладу, банківського рахунку, зберігання, страхування, доручення, комісії, довірчого управління майном, комерційної концесії, простого товариства, публічної обіцянки нагороди, публічного конкурсу, зобов'язань внаслідок заподіяння шкоди.

Варто відзначити, що представлений вище перелік зобов'язань не є вичерпним. Економічні відносини в суспільстві відрізняються великою різноманітністю. Зазначені відносини оформляються вільними правочинами самих учасників, що відображають результати взаємного узгодження їх

конкретних індивідуальних інтересів. Сторони можуть укласти договори, як передбачені, так і не передбачені нормами Цивільного Кодексу України, зокрема договори, в яких містяться елементи різних договорів, передбачених ЦКУ – змішані договори. В результаті можуть виникати зобов'язання, які в ЦКУ не передбачені.

Можна помітити також, що система особливої частини зобов'язального права поділяється на два блоки: договірне зобов'язальне право, що регулює нормальні відносини економічного обороту, і позадоговірне зобов'язальне право, представлене головним чином деліктними зобов'язаннями, виступаючими в той же час формою цивільно-правової відповідальності.

В системі договірної зобов'язального права потужним блоком виступають договори і зобов'язання у сфері підприємництва (договори і зобов'язання між особами, які здійснюють підприємницьку діяльність, або за їх участю. Не без підстав можна говорити про комерціалізацію договірної права. Виділення підприємницьких відносин у структурі предмета цивільно-правового регулювання викликане потребою їх спеціального правового регулювання. Оскільки договори і зобов'язання у сфері підприємництва – це складова частина цивільно-правових договорів і зобов'язань, на них поширюються не тільки спеціальні, а й загальні норми цивільного права, включаючи норми загальної частини зобов'язального права, якщо це не виключено спеціальними нормами. Наприклад, норми про договір поставки є спеціальними, що не виключає застосування до поставок загальних норм про угоди, про договір купівлі-продажу, коли це не суперечить спеціальним нормам про договір поставки.

Договірному праву, особливо в сфері підприємництва, також сильно притаманна інтернаціоналізація, оскільки містить інститути, що одноманітно регулюють товарообмін незалежно від національної приналежності його учасників. Мова йде не тільки про міжнародні угоди, в яких бере участь Україна, але і про ті договори, які знайшли закріплення в Цивільному кодексі

під впливом інтернаціоналізації вітчизняного договірної права: лізинг (фінансова оренда), факторинг (фінансування під поступку грошової вимоги), франчайзинг (комерційна концесія) та інше⁴⁹.

Підстави виникнення зобов'язань. Відповідно до Цивільного кодексу України зобов'язання виникають на підставі договору, внаслідок заподіяння шкоди і з інших підстав, зазначених у Цивільному кодексі. З цього випливає, що перелік підстав виникнення зобов'язань в принципі є вичерпним.

Договір та інші угоди в умовах сучасного економічного обороту є найбільш поширеними підставами виникнення зобов'язань. Нормальний товарообіг передбачає вільне волевиявлення товаровласників: володарів майна і майнових прав, прав на об'єкти інтелектуальної власності. Серед договорів виділяються двосторонні угоди (їх більшість) і багатосторонні угоди (наприклад, просте товариство). Як приклад односторонньої угоди як підстави виникнення зобов'язання можна назвати публічну обіцянку нагороди. Можливе виникнення зобов'язань і з угод, не передбачених законом, але не суперечать йому і породжують цивільні права і обов'язки в силу загальних начал та правової природи цивільного законодавства. Це правило кореспондує правилом про свободу договору.

Зобов'язання можуть виникати на підставі актів публічної влади: адміністративних актів державних органів та органів місцевого самоврядування ненормативного характеру, якщо таке прямо передбачено законом; судових актів. Наприклад, рішення органу публічної влади про вилучення у особи земельної ділянки у зв'язку з суспільною необхідністю породжує зобов'язання з викупу такого майна або його продажу на відкритих торгах. На підставі рішення суду, наприклад, про сплату аліментів, виникає зобов'язання про сплату аліментів.

Нерідко зобов'язання виникають з неправомірних дій: внаслідок заподіяння шкоди іншій особі, внаслідок безпідставного збагачення за

⁴⁹ Цивільний кодекс України: Закон України від 16.01.2003 № 435-IV. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/435-15#Text>

рахунок іншої особи. За такими зобов'язаннями особа, яка вчинила неправомірні дії, зобов'язана компенсувати заподіяну шкоду або повернути безпідставно отримане.

Іноді зобов'язання виникають з юридичних вчинків та подій. Юридичні вчинки – це дії громадян і юридичних осіб, які не є угодами. Наприклад, знахідка кваліфікується як юридичний вчинок і породжує зобов'язання по поверненню знайденої речі її законному власнику. Подією, тобто, не залежним від волі людей юридичним фактом, що породжує зобов'язання, є, наприклад, настання страхового випадку (при обов'язковому державному страхуванні), внаслідок чого страховик зобов'язаний виплатити відшкодування застрахованій особі.

В якості підстави виникнення зобов'язання нерідко виступає складний юридичний зміст, тобто сукупність (набір) юридичних фактів, необхідних для виникнення певних правовідносин. Наприклад, для виникнення зобов'язання купівлі-продажу приватизованого майна необхідне прийняття організатором приватизації (компетентним державним органом) рішення про приватизацію (адміністративного акта), проведення продавцем державного майна аукціону або конкурсу та укладення договору купівлі-продажу майна, що приватизується.

Надалі, вважаємо за доцільне, акцентувати увагу на такому фундаментальному принципі зобов'язального права як принцип свободи договору. Даний принцип беззастережно визнається одним з основних принципів права Європейського союзу. Проте, визнання свободи договорів в якості одного з основних принципів права ЄС не знаходить адекватного відображення в європейському законодавстві у сфері регулювання приватноправових договірних відносин. Для регулювання в сфері договірного права характерна фрагментарність, численність актів прийнятих органами ЄС, які часто носять розрізнений та вибірковий характер.

Свобода договору включає в себе кілька аспектів процесу обміну товарами та послугами.

Свобода укладання договорів. Свобода договору починається з початкового рішення Сторін, чи бажають вони надати свої товари або послуги іншій стороні, а не використовувати їх виключно у власних цілях («свобода пропозиції»); або в якості користувачів товарів або послуг бажають задовольнити свої потреби (в цих товарах або послугах) шляхом придбання їх на ринку або шляхом власного виробництва («свобода попиту»). Обмеження свободи попиту можна виявити, наприклад, якщо держава закріплює вимогу державних гарантій або якщо дійсність договору залежить від його посвідчення нотаріусом. У кожному з цих випадків в результаті дії закону створюється попит на послуги страховиків або нотаріусів.

Втручання в свободу поставок зустрічається значно рідше. В цілому приватні особи можуть займатися будь-якою діяльністю або виробляти товар для задоволення власних потреб без жодного ризику бути примушеними до того, щоб пропонувати свої товари або послуги третім особам. Наприклад, правове регулювання діяльності європейських залізниць проводить відмінність між приватними та державними залізницями. Зобов'язання забезпечити рівний і недискримінаційний для всіх доступ до залізничного сполучення в основному поширюється тільки на державні залізниці. У виняткових випадках свобода поставок може бути обмежена життєво важливими системами. До них відносяться системи інфраструктури, доступ до яких і використання яких повинні бути забезпечені з тим, щоб одні фірми могли конкурувати з домінуючим на цьому ринку власником засобів інфраструктури або підконтрольними йому компаніями.

Свобода вибору контрагента за договором. Коли постачальник або користувач вирішує вийти на ринок, він може вільно визначати, з ким буде укладати договір. Однак свобода вибору партнера за договором обмежена численними анти-дискримінаційними регламентами ЄС і, відповідно, правом держав-членів.

Свобода класифікації та змісту. Основний інтерес для правової науки в тому, що стосується свободи договорів, традиційно представляло питання про свободу класифікації та змісту. Перша відноситься до положень національних цивільних кодексів, що стосуються певних класів або типів договорів, таких як купівля-продаж, дарування або позика. Друга стосується відповідності умов договору правовому регулюванню, передбаченому законодавством для конкретних типів договорів. За договірним правом – на відміну від права власності або сімейного права, сторони не обмежені щодо вимог або типів договорів, перелічених у Законі. Вони можуть розробити додаткову класифікацію договорів, що визначаються як безіменні договори або договори особливого роду. Вони створюють ефективне правове середовище для нових видів угод, які постійно виникають в умовах динамічних ринків, що змінюються. Більш того, що стосується змісту, то тут сторони абсолютно вільні приходити до узгодженого рішення щодо цін, якості, умов своїх дій і, таким чином, реагувати на конкретний і мінливий попит на ринку.

Свобода форми. Основним принципом визнання тут є обов'язковий характер згоди сторін. Дія договору не залежить від вибору тієї чи іншої форми договору. Проте, в певних областях існує ряд винятків з цього правила, наприклад вимога нотаріального посвідчення для правочинів з нерухомістю. Крім того, в деяких правових системах діє вимога об'єктивних показників, що встановлюють, що зобов'язання були прийняті сторонами з умовою зустрічного задоволення, що характерно для систем загального права.

Свобода модифікації договору. Також, під час дії Договору сторони вільні чинити з ним дії на свій розсуд. У будь-який час вони можуть переписати договір або внести в нього зміни. Таким чином, свобода договору виходить за рамки простого припису майбутніх дій, але включає в себе ще й можливість реагувати на розвиток ринку або інші мінливі обставини.

Підводячи підсумок сказаному, можна сказати, що свобода договору є важливим джерелом правоздатності та дієздатності індивіда. Даний принцип визнається національними правовими системами держав-членів ЄС не тільки по суті, але і щодо його різних аспектів. Саме свобода договору стала відправним моментом створення ЄС. А тепер наразі потребує дослідження, яким чином і якою мірою втілюються на практиці ці принципи у праві ЄС.

Безпосередньо як такий принцип свободи договору не згадується в договорі про ЄС. Проте, зміст багатьох положень Римського договору стає ясним тільки при допущенні того, що свобода договору гарантується. Наприклад, згідно Договору про Європейське співтовариство, договори, що обмежують конкуренцію, вважаються нікчемними. При режимах, в економічній системі яких правові відносини між компаніями ефективні тільки в результаті планування з боку держави або сприятливого ставлення з боку влади, подібні правові норми виявляються непотрібними. Теж саме відноситься і до свобод руху; ці свободи виключають таке правове регулювання в державах-членах ЄС, яке обмежувало б торгівлю між ними на єдиному європейському внутрішньому ринку.

У зв'язку з цим деякі фахівці роблять висновок, що свобода договору, яку приватне право розглядає як таку, що відноситься і до матеріального права, і до колізійного, має своїм джерелом засновницькі договори. Проте, подібний висновок не є однозначним. На думку Суду ЄС, що обмежує дію національних законів, що регулюють договірні відносини (наприклад, умова попереднього оприлюднення договору в законодавстві Німеччини), є «занадто непрямим і невизначеним для того, щоб зробити висновок про його здатність перешкоджати торгівлі між державами». Тому, хоча і можна вважати, що цілі створення внутрішнього ринку ЄС легше досягти за допомогою забезпечення свободи договору, неможливо встановити необхідний обсяг такої свободи лише виходячи зі свобод руху. Без незалежних наднаціональних гарантій режиму регулювання, що включає автономію особистості, договір про ЄС буде ґрунтуватися, як наслідок, на

приватному праві держав-членів і закріплених в ньому національних концепціях свободи договору.

Досліджуючи значення суду ЄС в правовій системі, Н. В. Бочарова, зазначає: «Рішення Суду ЄС зіграли ключову роль у розвитку європейського конституціоналізму та формуванні конституційного права Європейського Союзу. Саме в них сформульована значна частина правових принципів, норм і інститутів, які на цей момент складають основи конституційного ладу ЄС. Рішення Суду ЄС стали джерелом принципів прямої дії і верховенства права ЄС. принципу існування автономного правового порядку ЄС, побудованого на основі установчих договорів конституційної властивості; забезпечено їх єдине тлумачення та застосування»⁵⁰.

Лісабонський договір проголошує Хартію основних прав Європейського Союзу обов'язковим елементом права Європейського Союзу. Внаслідок цього, Хартія набуває статусу установчих договорів і, таким чином, є частиною первинного права ЄС. Але і в цьому документі свобода договорів спеціально не згадується. Загальне право на свободу, згідно ст. 6 Хартії, відноситься до принципу свободи особистості, тобто до свободи фізичного пересування, але не до свободи в сенсі здійснення комерційної діяльності. Однак окремі аспекти свободи договорів захищені в наступних статтях хартії. Це відноситься до права вступати в шлюбні відносини згідно ст. 9, до права зборів згідно ст. 12 і до права на трудову діяльність згідно ст. 15. Право займатися торговельно-економічною діяльністю, давно визнане в якості загального принципу права Європейського Союзу, включає в себе право вільного вибору контрагента по угодам. Для свободи договору ст. 16 Хартії про свободу підприємництва набуває особливої важливості, оскільки в ній визнається свобода займатися комерційною діяльністю відповідно до права Європейського Союзу, національного законодавства та усталеної практики. Нарешті, право власності, згідно зі ст. 17, гарантує кожному право

⁵⁰ Бочарова Н. В. Роль суду ЄС у конституціоналізації правової системи Європейського Союзу. *Право і суспільство*. № 4. 2018. С. 14–18.

користуватися, розпоряджатися і заповідати свою власність. Відповідно, завжди, коли предмет договору відноситься до сфери захищаються законом інтересів власника, цей договір може регулювати користування або розпорядження власністю в сенсі ст.17⁵¹.

У підсумку можна зробити висновок, що, хоча свобода договору прямо не згадується в первинному праві ЄС, вона, тим не менш, значною мірою ним гарантується. Дійсно, жоден договір не може бути укладений таким чином, щоб він повністю позбавлявся гарантій, передбачених первинним правом ЄС. Все ж можливі обмеження досить великі. Наприклад, згідно зі ст. 17 користування власністю може регулюватися законом в такій мірі, оскільки це відповідає інтересам суспільства, а свобода займатися підприємницькою діяльністю, згідно зі ст. 16, фактично визнається тільки відповідно до законодавства Європейського Союзу, національними законами та усталеною практикою.

Вторинне право ЄС в частині, що стосується договорів приватноправового характеру, – в основному має обов'язковий характер. Переважна більшість положень, що обмежують свободу договору, рідко містить явно виражений дозвіл сторонам самим врегулювати в договорі конкретне питання. Проте, подібне положення передбачається, наприклад, в регламентах про введення євро і в окремих положеннях Директиви Європейського Економічного Співтовариства «Про координацію прав держав-членів Європейського Економічного Співтовариства з питання про незалежних торгових агентів». Крім того, ст. 4 Директиви про купівлю-продаж споживчих товарів не розглядає право кінцевих продавців вимагати відшкодування (збитків) від постачальників як обов'язкове до виконання. Всі регламенти про групові вилучення в конкурентному праві ЄС відносяться до винятків із заборон ст. 101 Договору про заснування Європейської

⁵¹ Хартія основних прав Європейського Союзу: Міжнародний документ від 07.12.2000. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/994_524#Text

Спільноти⁵². Вони передбачають можливість за певних умов укладати заборонені цією статтею договори. Також визнаються і деякі доктрини міжнародного приватного права, що стосуються свободи договору, коли мова йде про автономію волі сторін, пророгаційні угоди та інші види договірної підсудності. Однак більшість обов'язкових правових інструментів не роблять ніякого відсилання до свободи договору. Лише в преамбулі можна виявити розрізнені зауваження, що той чи інший правовий інструмент являє собою виключення з принципу свободи або що метою його застосування є заборона зловживати свободою договорів.

Таким чином, правовий аналіз вторинного права Європейського Союзу дозволяє стверджувати, що позитивне визнання свободи договорів і відповідне відсилання до індивідуальної відповідальності громадян та юридичних осіб парадоксальним чином поєднуються з попередженнями про небезпеки, які свобода договору з собою несе. Звернення до самої свободи договору має випадковий характер. Проте, відсилання до неї стали більш розповсюдженими.

Тому можна тільки шкодувати про те, що принципи договірного права ЄС (Acquis Principles) з існуючого договірного права ЄС, розроблені групою вчених-правознавців в останні кілька років, не включають принцип свободи договору. Лише свобода форми знайшла своє втілення у вторинному праві. Враховуючи розрізненість відсилань до свободи договору, таке умовчання з боку групи з розробки принципів посилює явну невизначеність при застосуванні права. Щоб завершити цей розгляд, необхідно звернутися до практики європейських судів.

Хоча модель добросовісної конкуренції в договорі про ЄС передбачає гарантію свободи договору, в ранніх рішеннях суду ЄС не можна знайти жодного посилання до цього принципу. Він не згадувався Судом до кінця

⁵² Договір про заснування Європейської Спільноти (Договір про заснування Європейського економічного співтовариства): Міжнародний документ від 25.03.1957. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/994_017#Text

1970-х рр., лише наступне десятиліття стало свідком використання цього принципу (і що характерно – в основному в описовим, але не в нормативному плані). Тільки в 1990-х роках на цей принцип стали посилатися частіше, але навіть тоді в багатьох випадках лише описово і з неясними наслідками. Наприклад, судові рішення в галузі конкурентного права часто містять розділи, в яких суди знаходять визначальні елементи обмежувальної практики, що встановлюється угодами всупереч свободі договорів. У цих рішеннях свобода договору як така ніколи не згадується і не визначається. Багато інших рішень судів залишають відкритим питання, чи визнається свобода договору як принцип права ЄС; в деяких навіть прямо говориться про «свободу договору згідно з принципом застосовного права».

Зовсім недавно збільшилася кількість судових рішень, в яких європейські суди формулюють шляхом тлумачення принципи, що виводяться з нормативного розуміння свободи договору. Так, ще в 1992 році суд першої інстанції відхилив спробу комісії зобов'язати компанії, які порушили заборону на створення монополій, укласти договори. У своєму обґрунтуванні суд заявив, що свобода договору повинна залишатися чинним принципом, а також існує маса інших способів, що перешкоджають такому порушенню. Суд зазначив, що інші наслідки порушення (такі як можливе зобов'язання укласти контракт) повинні регулюватися національним правом. У своєму преюдиційному рішенні по трудових спорах Суд ЄС відповів на питання, чи буде, згідно з директивою № 77/18738, особа, якій переуступається право на ведення бізнесу (правонаступник) і яка не є стороною колективного договору, пов'язана цим договором, укладеним після передачі такого права і чинним щодо особи, яка переуступає дане право.

Суд ЄС висловився проти подібного зобов'язання, мотивуючи свою відмову тим, що договір характеризується принципом вільного розсуду сторін регулювати взаємні відносини; згідно з цим принципом сторони, зокрема, вільні брати зобов'язання відносно один одного. Відповідно до цього і в обставинах, аналогічних розглянутим в даній справі, коли

відповідач не є членом будь-якого союзу підприємців і не пов'язаний яким-небудь колективним договором, права та обов'язки, впливають з такого договору, як правило, на нього не розповсюджуються.

У своїх недавніх рішеннях по ряду угод у сфері податкового права Суд ЄС також посилався на принцип свободи договору і, таким чином, визначив наслідки дії Податкового законодавства. Нарешті, слід зазначити висновок суду щодо зміни дати договору у зв'язку з компенсаціями за переробку цитрусових. У своєму аналізі справи суд наголосив, що право сторін вносити зміни до укладених ними договорів ґрунтується на принципі свободи договору і тому воно не може бути обмежене за відсутності відповідних норм права ЄС, що обмежують це право. Звідси випливає, що якщо мета внесених до договору змін не суперечить цілям діючих у зв'язку з цим норм права ЄС і не тягне за собою ризику шахрайства, то така зміна не може розглядатися як незаконна.

Якщо проаналізувати разом всі твердження Суду ЄС, стає зрозуміло, що вони підтверджують принцип свободи договору більш вагомо, ніж просто в загальному або описовому сенсі. Хоча Суд ЄС досі не включив принцип свободи договору в число загальних принципів права ЄС, його окремі прояви незаперечно присутні в різних рішеннях. Свобода визначати зміст договору також знайшла своє відображення в різних рішеннях. Також, у зв'язку зі зміною дати укладення договорів у сільськогосподарській сфері Суд ЄС висловив свою явну прихильність свободі внесення змін до договору.

Отже, свобода договору всебічно визнається в рішеннях суду ЄС. Необхідно відзначити, що майже всі заяви суду у зв'язку з цим з'явилися лише останнім часом. Можна тільки будувати припущення щодо того, в чому криється причина цього. Можливо, європейські суди стали усвідомлювати, що акцентування уваги на принципах приватного права важливо в світлі все зростаючого числа спорів у приватноправовій сфері. Більш часті посилання в актах вторинного права ЄС на принцип свободи договору можна, однак, виключити в якості можливої причини. Навпаки, імперативні норми

вторинного права відіграють все більш зростаючу і значиму роль в законодавстві ЄС.

Щодо оцінки сучасної правової ситуації на загальноєвропейському рівні, варто зазначити, що крім невеликого числа винятків, не слід критикувати ні вторгнення європейського законодавства в сферу дії свободи договорів, ні надмірну деталізацію, яка характерна для його природи. Останній аспект є насправді дуже важливим, враховуючи той факт, що зараз можливості судової системи ЄС приймати рішення в цивільно-правовій сфері вкрай обмежені. До тих пір поки така система існує, однакове застосування права ЄС має забезпечуватися децентралізовано судами держав-членів. Це, в свою чергу, викликає необхідність особливого, детально розробленого підходу до підготовки відповідних загальноєвропейських правових норм. Там, де відсутня подібна ретельна деталізація, ЄС вдається до введення широко сформульованих заборон, як це було у випадку з директивою щодо несправедливих умов споживчих договорів, і однакового застосування державами-членами відповідних європейських норм навряд чи можна очікувати. Більше того, видається, що Суд ЄС не бажає давати роз'яснень у подібних випадках.

Навпаки, слід досить критично поставитися до відсутності взаємозв'язку багатьох правових інструментів, що відносяться до договірного права, так само як і до відсутності відсилань до загальних принципів. У той час як спеціальні акти національних законодавств орієнтуються на усталену протягом століть термінологію і структуру своїх цивільних кодексів, у ЄС немає аналогічної відсильних бази рамкового характеру, що стосується основоположних термінів і принципів.

Підсумовуючи розгляд питання щодо адаптації зобов'язального права в умовах євроінтеграційних прагнень України варто відмітити, що здійснюючи таку адаптацію, Україна повинна враховувати, що цей процес має переважно односторонній характер, оскільки при цьому мова не йде про взаємні кроки з обох сторін щодо узгодження своїх правових норм, а тільки

про зміни в українському законодавстві з метою його гармонізації з нормами права Європейського Союзу. Україна фактично не має можливості впливати на законодавчий процес в самому Європейському Союзі, а тільки виступає як спостерігач за правовими процесами Євросоюзу.

Варто констатувати, також, і ряд невизначеностей щодо встановлення точного змісту правових актів Європейського Союзу, до яких потрібно адаптувати українське законодавство. Складнощі полягають в тому, що дані акти можуть тлумачити тільки Судом ЄС. Завдяки такому тлумаченню зміст нормативних актів може частково змінюватися. Але країна, яка адаптує своє законодавство до законодавства ЄС, не в змозі стежити за такими змінами і вчасно їх враховувати шляхом внесення змін до свого законодавства, що підлягає такій адаптації.

З іншого боку, під час адаптації вітчизняного законодавства до права Європейського Союзу, обов'язково потрібно врахувати, що акти інститутів ЄС діють у відповідному правовому середовищі. Вони є частиною правової системи співтовариства. Адаптація права ж практично призводить до перенесення положень певної частини актів ЄС до правової системи нашої держави, яка функціонує за своїми, дещо відмінними від існуючої в межах ЄС закономірностями. Зокрема, Україна не завжди може врахувати всі юридичні тонкощі відповідного документа Євросоюзу, включаючи чітке розуміння юридичної технології, що використовується в цих документах, причини його прийняття та особливості його реалізації. Все це може призвести до спотворення змісту національних норм, які є наслідком процесу адаптації.

Незважаючи на існування певних складнощів, в Україні вже зроблені перші практичні кроки на шляху адаптації правового регулювання окремих галузей національного законодавства до права Європейського Союзу. Це стосується, перш за все, галузей, визначених як пріоритетні. У ряді сфер, які підлягають правовому регулюванню вже прийняті окремі закони або підготовлені законопроекти, спрямовані на створення умов для діяльності

суб'єктів господарювання, аналогічних тим, які існують в Європейському Союзі. До таких галузей можна віднести зобов'язальне право, правила конкуренції, промислове і митне законодавство, інтелектуальну власність, технічні правила та стандарти тощо.

Характеризуючи особливості адаптації законодавства в сфері зобов'язального права шляхом приєднання до міжнародних угод, треба зауважити, що вибір такого способу адаптації в цій сфері є закономірним і обумовлений самою природою зобов'язальних правовідносин.

РОЗДІЛ 2. ШЛЯХИ ВДОСКОНАЛЕННЯ ПРАВОВОГО РЕГУЛЮВАННЯ ОКРЕМИХ ВИДІВ ЗОБОВ'ЯЗАНЬ

2.1. Договір консалтингу та консультаційних послуг

Рівень розвитку консалтингу в певній державі є свідченням належного рівня розвитку підприємництва як невід'ємної частини її інфраструктури. На думку фахівців, сьогодні вже можна говорити про те, що консалтинг в Україні відбувся як сфера підприємництва, як професія і як інфраструктурна інноваційна галузь економіки країни.

Протягом досить тривалого періоду часу дослідження питань у сфері надання інформаційних та консультаційних послуг не викликало належного інтересу в цивільно-правовій доктрині. Ситуація, що склалася пояснюється в першу чергу станом української економіки, яка є наслідком та несе відповідний слід командно-адміністративної системи, де велика частина відповідних послуг надавалася на безоплатній основі.

Сучасному стану вітчизняної економіки притаманний стрімкий розвиток та інноваційна спрямованість. Поступовий перехід від постіндустріального суспільства до суспільства інформаційного зумовив різке зростання попиту на інформаційні та консультаційні послуги, і сформував нові погляди на роль інформації в розвитку суспільства. Однак, ні в науковій правовій літературі, ні в нормативно-правових актах досі немає єдності думок у розумінні змісту договору консалтингу та консультаційних послуг, порядку і принципів їх надання.

Як зазначає Г. Б. Яновицька, Цивільний Кодекс України не містить правової регламентації договору про надання консалтингових послуг. Однак принцип свободи договору надає сторонам право самостійно врегулювати ті відносини, які не визначені в цивільному законодавстві, а також відійти від його положень, крім випадків, коли обов'язкове застосування актів

цивільного законодавства прямо передбачено чи прямо впливає зі змісту й суті відносин між сторонами⁵³.

Український законодавець, прийнявши нову редакцію Цивільного кодексу України від 16.01.2003 № 435-IV, надав зобов'язанням про надання послуг нормативний характер, виділивши оплатне надання послуг в якості самостійного правового інституту, що об'єднує ряд типових договорів. Разом з тим запропонована законодавцем договірна модель містить лише загальні положення норм, тлумачення яких показує явну їх недостатність для ефективного регулювання договору консалтингу та консультаційних послуг.

Цивільний Кодекс України закріплює поняття договору про надання послуг. Згідно частини 1 статті 901 Цивільного кодексу, за договором про надання послуг одна сторона (виконавець) зобов'язується за завданням другої сторони (замовника) надати послугу, яка споживається в процесі вчинення певної дії або здійснення певної діяльності, а замовник зобов'язується оплатити виконавцеві зазначену послугу, якщо інше не встановлено договором⁵⁴.

Варто зауважити, що дефініція «інформаційна послуга» останніми роками набула широкого поширення в науковому обороті, однак при більш глибокому аналізі цієї сфери діяльності можна помітити, що дана категорія вивчена недостатньо, а існуючі дослідження ґрунтувалися на теоретичному постулаті інформації як об'єкті цивільного права. Наразі особливої актуальності набуває питання з'ясування змістового наповнення терміну «інформація», що дозволяє розглядати нове змістовне поняття «інформаційна послуга», а також визначити особливості правового регулювання окремих видів договорів оплатного надання послуг інформаційного характеру.

У зв'язку з переходом нашої держави до ринкової економіки різко зросла потреба в отриманні консультаційних послуг. Незважаючи на такий

⁵³ Яновицька Г. Б. Споживач-замовник як сторона договору консалтингу. *Науковий вісник Міжнародного гуманітарного університету*. Серія: Юриспруденція 31. 2018. 92-94.

⁵⁴ Цивільний кодекс України: Закон України від 16.01.2003 № 435-IV. *Відомості Верховної Ради України*. 2003. № 40. С. 356.

попит, наразі зберігається значний простір правової невизначеності в цій сфері суспільних відносин. На сьогоднішній день чітко проявляється неповнота та суперечливість правових норм, що регулюють поведінку суб'єктів консультаційної діяльності, чому сприяє недосконалість категоріально-понятійного апарату в даній сфері правовідносин. В умовах недостатності теоретичних розробок, а також нормативно-правового регламентування відносин у сфері консультаційної діяльності суди часто позбавлені можливості правильно їх кваліфікувати. Зазначена проблема потребує комплексного вирішення, враховуючи зміст значення такого поняття як «консультаційна послуга». Вважаємо, що ключовим моментом у створенні правового механізму регулювання названих відносин між суб'єктами правозастосування – повинен стати закон України «Про консультаційну діяльність».

Необхідно також відмітити, що основною проблемою при розгляді названих відносин є відсутність в цивільному законодавстві самого визначення поняття «послуга», що породжує суперечливість і неповноту розробленості категоріально-понятійного апарату в нормативно-правових актах, що регулюють окремі види послуг.

Розвиток сучасної ринкової економіки вимагає постійної інноваційної діяльності кожного підприємства, установи чи організації, яка прагне бути конкурентоздатною. У свою чергу, розвиток ринку консультативних послуг дозволяє досягати конкурентних переваг, що базуються на оволодінні актуальною ринковою інформацією та виробництві нового знання не тільки за рахунок зусиль співробітників, але і за допомогою сторонніх консультантів, що спеціалізуються в тих чи інших сферах знання і практичної діяльності.

Визначення «консультаційна послуга» складаються зі значень складових її дефініцій – власне «послуга», а також «консультація», щодо яких у правовій доктрині не вироблені загальні теоретичні підходи. На основі проведеного аналізу теоретичних концепцій поняття «послуга», зроблено

висновок про те, що розглянута дефініція належить одночасно до двох наукових сфер – економіки та права. Відзначимо, що в правовій доктрині дії (діяльність), згруповані за наявністю виділених властивостей послуги (невіддільність, невіддільність від джерела, незбережуваність, нестійкість її якості) і ознакою відсутності речового результату, дозволяють відмежовувати їх від робіт і кваліфікувати як надання послуг. Варто акцентувати увагу на тому, що як для робіт, так і для послуг дія (діяльність) послюгодавця повинна привести до певного результату. На підставі вищезазначеного можна зробити висновок, що послуга і бажаний від неї результат (мета) є взаємозалежними категоріями.

Теоретичний та практичний інтерес становить питання визначення порядку оплати в договорі оплатного надання консультаційних послуг. Загальновідомим є факт, що у світовій практиці прийняті в основному чотири форми оплати: погодинна, фіксована, оплата як відсоток від вартості об'єкта консультування і комбінована форма оплати. Найбільш прийнятною є комбінована форма оплати, яка передбачає «премію за результат», що, на нашу думку, стимулює консультантів до досягнення максимального ефекту. Однак в науці цивільного права не склалося єдиного розуміння щодо допустимості зобов'язань з надання послуг з гарантією результату. Наразі поширеною є практика визнання неприпустимими договірних умов, що ставлять розмір оплати в залежність від рішення судових або державних органів, яке буде прийнято в майбутньому. На нашу думку, було б правильніше вважати допустимим включення в договір положення, що передбачає додаткову винагороду за позитивний результат, за умови, що воно не буде суперечити основам правопорядку та суспільній моралі.

О. Т. Тур визначає, що істотними умовами договору про надання консультаційних послуг є предмет договору про надання консультаційних послуг, строк договору про надання консультаційних послуг та ціна консультаційних послуг. В даному контексті, предмет договору про надання консультаційних послуг – консультаційна послуга, здійснена у вигляді порад,

рекомендацій, висновків тощо. Формою договору про надання консультаційних послуг є письмова чи будь-яка інша доступна для сприйняття форма. Також, сторони, укладаючи договір про надання консультаційних послуг, можуть встановлювати строк на власний розсуд. Правове регулювання в такому разі здійснюватиметься на основі їх домовленості. Договору про надання консультаційних послуг притаманні індивідуальність, відсутність цінових критеріїв та складність визначення вартості наданої консультаційної послуги. Тому ціна консультаційних послуг є істотною його умовою та повинна визначатись сторонами в договорі⁵⁵.

Консалтинг як специфічний вид економічної діяльності почав розвиватися в першій половині ХХ століття, коли технологічний прогрес в промисловому виробництві зажадав прискорення отримання інформації, освоєння нових знань, навичок та компетенцій. Саме лише використання нових знань та інформації могло допомогти досягти висот за нових умов ринкової економіки і домагатися необхідних конкурентних переваг. Проте, внутрішні резерви більшості промислових підприємств не дозволяли швидко отримувати необхідні відомості, генерувати нові знання, швидко формувати необхідні навички у працівників. Відповіддю на подібний запит стали створення та функціонування перших консалтингових фірми. Вважається, що консалтинг як окрема специфічна діяльність остаточно сформувався до 30-х років ХХ століття. Приблизно у цей час стає очевидним, що без впровадження в управління таких видів планування, як стратегічне, маркетингове та кадрове, буде неможливим продуктивний розвиток підприємства. При цьому інтерес до подібних питань виявляв не тільки бізнес: для державного, а також військового керівництва більшості країн стало очевидним, що без використання знань консультантів у певних сферах важко домогтися успіху.

⁵⁵ Тур О. Т. Істотні умови договору про надання консультаційних послуг. *Право і суспільство*. 2015. № 5.2(3). С. 91-95

До базових першопричин формування консалтингу як специфічної сфери діяльності слід віднести:

- появу простих технологічних підходів надання послуг констатування у сфері розвитку підприємства;

- виникнення та поширення ефективних методів зовнішнього консультування і експертизи;

- зростання потреби в залученні зовнішніх експертів (консультантів) через неможливість самостійно швидко реагувати на виникаючі ринкові ситуації або внутрішні складнощі підприємства.

За останні десятиліття в нашій країні відбулися кардинальні зміни, насамперед суспільних відносин, що сприяло формуванню вільного економічного простору та розвитку ринку конкурентоспроможних товарів та послуг. Подальше відображення правового реформування знайшло своє відображення в становленні і розвитку основних принципів цивільного права, одним з яких є можливість вільно обирати контрагента і визначати умови договору, що укладається. Положеннями Цивільного кодексу України визначається, що як громадяни, так і юридичні особи вільні в укладенні договору – примус до укладення договору не допускається.

С. С. Немченко слушно зазначає, що для цивільного права характерне виникнення цивільно-правових відносин у результаті вольових дій (договорів, односторонніх правочинів тощо) їх учасників. Диспозитивні основи в цивільному праві надають можливість вибору між кількома варіантами поведінки в межах, встановлених законом, а також у відповідних випадках визначати зміст цивільних прав і обов'язків, розпоряджатися суб'єктивними правами на свій розсуд. Одним із втілень диспозитивності в цивільному праві є принцип свободи договору⁵⁶.

Принцип свободи договору в умовах цивілізованого ринку підпорядкована також загальному правилу, згідно з яким забороняється

⁵⁶ Немченко С. С. Принцип свободи договору – головний принцип договірних відносин у цивільному праві. Південноукраїнський правничий часопис 3. 2014. 101-103.

використовувати право з метою обмеження конкуренції і зловживання домінуючим становищем.

Однак свобода договору не виключає встановлення в деяких випадках обов'язку його укласти, якщо він відноситься до числа публічних. Публічний договір є новелою українського цивільного законодавства і з соціальної точки зору може розглядатися як відображення ідеї про соціальне призначення цивільного права, що виявляється в даному випадку в закріпленні положень про захист слабшої сторони договірних відносин.

Незважаючи на те, що правові положення про публічний договір вже досить тривалий час закріплені в чинному законодавстві, правозастосовна практика не є однозначною, зокрема, у зв'язку з тим, що публічним може визнаватися будь-який договір, який Цивільний кодекс України прямо таким не називає. У загальних та господарських судів виникає чимало питань, пов'язаних з віднесенням тих чи інших договірних конструкцій до категорії публічних.

Особливе місце в регламентації суспільних відносин, що здійснюється Цивільним кодексом України займає публічний договір. Його спрямованість на захист споживача та фактичне обмеження принципу свободи договору ставлять його на окреме місце в системі цивільно-правових договорів⁵⁷.

Як справедливо зазначається в науковій літературі, – метою публічного договору є захист «слабкої» сторони в договорі (споживача) і встановлення в економічних правовідносинах фактичної, а не юридичної рівності сторін. Проблеми публічного договору пов'язані з проблемами взаємин приватних і публічних інтересів, імперативних і диспозитивних норм у цивільному праві, з питаннями про роль держави в економіці. Для публічного договору важливо правильно встановити межу, коли приватні інтереси повинні бути урізані на користь публічних⁵⁸.

⁵⁷ Бервено С. М. Проблеми договірної права України. К.: Юрінком-Інтер, 2006. 389 с.

⁵⁸ Савчук К. Ю. Специфіка цивільно-правової регламентації публічних договорів. *Міжнародний науковий журнал Інтернаука* 9 (3). 2018. 60-62.

Доктринальне тлумачення також не є однозначним, починаючи з характеристики кваліфікуючих ознак публічного договору. До числа таких зазвичай відносять: особливий суб'єктний склад договору (господарюючий суб'єкт і споживач), характер здійснюваної господарюючим суб'єктом діяльності. Іноді до них додають ще й такі ознаки, як обов'язок для господарюючого суб'єкта укласти договір з будь-якою особою, що звернулася до нього і однаковість умов для всіх споживачів. На нашу думку, друга група ознак відображає наслідки договору, який вже виконано і в ряді випадків вони не зможуть допомогти у визначенні правової природи спірного договору.

Таким чином, для кваліфікації будь-якого договору (в тому числі договору на надання консалтингових послуг) як публічного, потрібно проаналізувати особливості суб'єктного складу відповідних відносин та характер діяльності, здійснюваної суб'єктом підприємницької діяльності.

Суб'єктами публічного договору виступають споживач та комерційна організація. Заперечень з приводу того, що контрагентом споживача в розглянутих відносинах виступають поряд з комерційними організаціями також і індивідуальні підприємці, на теперішній час в науковій літературі зустрічається вкрай рідко. Подібна однастайність серед науковців базується на положеннях Цивільного кодексу України, відповідно до положень якого до підприємницької діяльності громадян, здійснюваної без утворення юридичної особи, застосовуються норми, що регулюють діяльність комерційних організацій.

Крім того, заслуговує на підтримку позиція авторів, які вказують на необхідність поширення режиму публічного договору і на некомерційні організації, які за характером здійснюваної діяльності повинні укладати договори з будь-якою особою, що до них звернулася. Дана теза є правильною, оскільки некомерційна організація має право в рамках спеціальної правосуб'єктності здійснювати підприємницьку діяльність.

Однак, діяльність некомерційних організацій, яка повинна здійснюватися щодо кожного, хто до неї звернеться, не завжди буде підпадати під поняття підприємницької, оскільки її основною метою не є отримання прибутку. Проте, видається, що і в даному випадку норми про публічний договір повинні застосовуватися як такі, що мають на меті захист слабшої сторони та запобігання дискримінації.

Контрагентом комерційної організації в рамках публічного договору виступає споживач. Відповідно до Закону України «Про захист прав споживачів», споживачем може бути тільки фізична особа. Згідно статті 1 вищезазначеного закону – «споживач – фізична особа, яка придбаває, замовляє, використовує або має намір придбати чи замовити продукцію для особистих потреб, безпосередньо не пов'язаних з підприємницькою діяльністю або виконанням обов'язків найманого працівника»⁵⁹. Однак тлумачення Цивільного кодексу України, дозволяє стверджувати, що споживачем в рамках публічного договору може виступати, в тому числі, і юридична особа.

Щодо даного питання, науковці неодноразово висловлювали ряд протилежних думок. Зокрема, існує твердження, що застосування вищезгаданих правових положень в принципі можливо, незалежно від того, чи є контрагентом комерційної організації споживач – громадянин або юридична особа. Обґрунтовуючи свою позицію, в продовження даної тези зазначено, що в публічному договорі втручання держави є багатоцільовим. На перший план при такому втручанні виходить мета – захист слабшої сторони – фізичної особи. Досліджуючи інститут публічного договору в українському праві, можна стверджувати, що є абсолютно необґрунтованим вирішення питання про віднесення договору до числа публічних на підставі того, чи звернулася до підприємця фізична чи юридична особа, при цьому роблячи висновок, що при визначенні критеріїв застосування спеціальних правил, відступаючих від принципу свободи договору і надають особливі

⁵⁹ Про захист прав споживачів: Закон України від 12.05.1991 № 1023-XII. *Відомості Верховної Ради УРСР*. 1991. № 30. С. 379.

гарантії прав слабшій стороні. В даному випадку, основна увага повинна бути приділена не правовій природі такої сторони як суб'єкта права (фізична особа, юридична особа), а оцінці умов та цілей його участі в торговому обороті в цілому і в даній конкретній угоді. Зокрема, підлягає оцінці те, чи є він випадковим або професійним учасником торгових відносин, в які вступає. Тут акцентується увага на цілі діяльності учасників в торговому обороті при укладанні угоди.

Враховуючи, що метою поширення режиму публічного договору на окремі його види є захист слабкої сторони в організаційно-правових відносинах, то, на нашу думку, слід було б розширити суб'єктний склад. Науковці також зазначають, що громадянин як особа, найбільш вразлива в правових відносинах, що виникають при укладенні договору про надання інформаційних послуг, безумовно потребує додаткових гарантій своїх прав. Разом з тим слід визнати, що юридична особа (некомерційна організація), що замовляє консалтингові послуги для потреб, не пов'язаних з підприємницькою діяльністю, яка хоча і є професіоналом у своїй сфері діяльності, але не володіє всією повнотою знань у сфері консалтингових послуг, також виступає в якості споживача.

Незважаючи на відносну новизну категорії «слабка сторона договору» і відсутність єдності думок з даного питання, в науковій літературі цілком обґрунтовано виокремлюється, в якості одного з аспектів даного поняття, – нерівність в соціальному та майновому становищі, а також економічна залежність одного суб'єкта від іншого. Так, дефініція «слабка сторона договору» не є надуманим, а вказує на об'єктивно існуючу фактичну нерівність стосовно можливості окремих суб'єктів по створенню та впливу на договірні відносини. Будь-яка особа (фізична або юридична), яка звертається з метою, не пов'язаною з підприємницькою діяльністю, до підприємця, систематично здійснює продаж товарів, виконання робіт або надання послуг, володіє значно меншими досвідом, кваліфікацією та професійними навичками, а тому потребує компенсації свого «слабкого» положення.

Отже, найбільше відповідає цілям інституту публічного договору визнання в якості контрагента комерційної організації в публічному договорі – кожного, хто звертається в цілях, не пов'язаних з підприємницькою діяльністю. При закріпленні такої вказівки в Цивільному кодексі України, вона буде охоплювати собою будь-яких суб'єктів (як фізичних, так і юридичних осіб) у всіх випадках, які, вступаючи у цивільні правовідносини, могли б відчувати на собі негативні наслідки своєї економічної, професійної або іншої «слабкості». При цьому передбачені законодавчі гарантії будуть поширюватися тільки на споживача, з тим змістом, що надається йому даним правовим актом. З цієї причини, з метою усунення двозначності ми пропонуємо не використовувати визначення споживач, замінивши його більш широкою категорією – «кожен хто звертається в цілях, не пов'язаних з підприємницькою діяльністю».

Таким чином, вважаємо за доцільне поширювати встановлений ЦКУ режим на правовідносини, в яких, з одного боку виступає особа, яка систематично займається підприємницькою діяльністю, а з іншого – особа, яка звертається в непідприємницьких цілях. Оскільки саме в таких випадках має місце економічна, професійна та інша нерівність, що вимагає компенсації законодавчими заходами.

Виходячи з викладеного, вважаємо за можливе поширити режим публічного договору на відносини, що виникають у зв'язку з укладенням і виконанням договору про надання консалтингових послуг, оскільки: по-перше, консалтингова діяльність – це особливий вид професійної діяльності; по-друге, консалтингові послуги можуть надаватися будь-якими суб'єктами економічної діяльності, незалежно від організаційно-правової форми; по-третє, споживачем консалтингової послуги, можуть бути будь-які суб'єкти цивільного права (фізичні, юридичні особи, органи публічної влади), які замовляють послугу не для підприємницьких цілей.

Активізація розвитку окремих видів послуг пов'язана, в першу чергу, зі змінами, що відбуваються в країні та світі. Так, вихід на нові ринки збуту,

розширення діяльності компаній, вимагають використання сучасних технологій, методів, інструментів. Крім того, необхідно налагодження внутрішньогалузевих та міжрегіональних зв'язків. Цьому сприяють такі актуальні в сучасних умовах послуги, як інформаційні та, більшою мірою, консультаційні послуги. У зв'язку з цим основними завданнями консультаційних послуг стають проведення консультацій з проблем, що цікавлять замовника, і формування пакету рекомендацій щодо подальшого розвитку підприємства.

Відзначимо, що в даний час ринок консультаційних послуг в Україні продовжує формуватися. Розширюються самі послуги, що надаються. Великими організаціями найбільш затребуване комплексне обслуговування їх діяльності, що стає можливим при залученні спеціалізованих консалтингових організацій, що надають широкий спектр послуг та займаються комплексним обслуговуванням. Більш дрібні компанії зацікавлені в отриманні консультацій по конкретному напрямку. Як правило, такі підприємства звертаються до окремих фахівців, які займаються наданням конкретного виду консалтингових послуг. Подібний підхід дозволяє диференціювати ринок консалтингових послуг. При цьому конкуренція розвивається в рамках певної групи консультаційних послуг.

Консалтинг – це поняття ринкової економіки, а отже, його необхідно розглядати як послугу, яка може бути надана професійним консультантом у вирішенні проблем стосовно управління, маркетингу, інвестування, розвитку персоналу тощо. Такі послуги можуть надаватися на оплатній основі. Це має відбуватися в рамках чинної нормативно-законодавчої бази. Даний підхід дозволить оптимізувати фінансово-економічний стан, що склався на певному підприємстві.

Консалтинговою компанією або підрозділом може бути тільки компанія, яка основну частину свого бізнесу будує на основі управлінського консалтингу. Крім того, вона повинна мати передумови для аналізу ситуації, що склалася, можливість надавати рекомендації та надавати допомогу в їх

реалізації. При цьому наголосимо, що така компанія не повинна концентрувати свою діяльність на підтримці тільки одного клієнта. Також, визначається, що консалтингові компанії повинні бути фінансово незалежні і самоокупні.

Як зазначається в науковій літературі, консультування – це професійні взаємини між експертом, що володіє знаннями та інформацією, і клієнтом, у якого є проблема або потреба. Дане визначення дозволяє зробити висновок про те, що консультування та консалтинг можна розглядати як синоніми. Однак визначення окремих видів консультацій не дозволяє погодитися з таким підходом. Так, наприклад, податкове консультування в цілому розглядається як надання практичних рекомендацій щодо застосування податкового законодавства, а також надання можливості з перевірки правильності проведення розрахунку податків. У свою чергу, управлінське консультування визначається як вид діяльності, який орієнтований на вирішення проблем, що стоять перед менеджерами вищої ланки. При цьому перелік вирішуваних проблем звужений стратегічним плануванням. В результаті управлінське консультування зводиться до надання консультацій в галузі управління господарською, інвестиційною та фінансовою діяльністю, а також у сфері оптимізації та підвищення ефективності діяльності компанії, для чого необхідне проведення аналітичної та дослідницької роботи, яка виявляється фахівцями консультаційної фірми.

Більшість авторів розглядають консультаційну послугу як пораду, рекомендацію, аналіз, довідку, які можуть бути надані з предметної сфери інтересів замовника. Таким чином, консультаційна послуга виступає в якості продукту консультаційної діяльності. Крім того, консультаційна послуга може бути розглянута як результат взаємодії суб'єкта та об'єкта.

На нашу думку, послідовність дій в процесі надання консультаційних послуг дозволяє визначити сутність консалтингових послуг. Так, консалтинг, перш за все, слід розглядати як результат взаємодії виконавця і споживача послуги.

Розвиток консалтингових послуг на вітчизняному ринку стало наслідком необхідності налагодження взаємодії вітчизняних підприємців із зарубіжними партнерами. У зв'язку з тим, що консалтингові (консультаційні) послуги поширились практично на всі сфери діяльності, стало необхідним вироблення єдиних вимог при наданні такого роду послуг. Це матиме позитивний вплив на розвиток як українського ринку консалтингових послуг, так і міжнародного ринку консалтингу.

Таким чином, консультаційні послуги в повній мірі притаманні вітчизняному ринку. За своєю суттю вони схожі з наданням консалтингових послуг. Отже, розробка єдиного понятійного апарату в даній сфері дозволить забезпечити необхідну базу для подальшого розвитку як ринку консультаційних послуг, так і всього ринку послуг в цілому.

О. О. Карпенко визначає наступні основні причини, які негативно впливають на формування ринку консалтингу України: складна макроекономічна ситуація; непопулярність консалтингових послуг у країні; відсутність законодавчої бази щодо консалтингової діяльності; відсутність методичного забезпечення щодо критеріїв оцінки корисності консалтингу; зниження ділової активності підприємств; низька платоспроможність замовників консалтингових послуг; низький відсоток гарантій конкретних результатів і позитивного ефекту від консультивання; відсутність досвіду у підприємств щодо роботи з професійними консультантами тощо⁶⁰.

Відзначимо, що ряд авторів поділяють думку про те, що основна проблема, що стримує розвиток ринку консалтингових послуг, полягає в недосконалості правового регулювання. Так, неефективність правового регулювання ринку консалтингових послуг не дозволяє здійснювати дані послуги на досить високому рівні. Крім того, даний недолік не дозволяє впорядкувати складний комплекс відносин, які виникають в процесі надання консультацій в різних сферах діяльності. Отже, стає необхідний облік

⁶⁰ Карпенко О. О. Перспективи розвитку консалтингової діяльності в Україні на основі європейського досвіду. *Причорноморські економічні студії* 27 (1). 2018. 54-58.

спеціалізації консультаційних (консалтингових) фірм та консультантів, а також видів надаваних ними послуг. Також, необхідно досліджувати динаміку змін, що відбуваються на ринку в цілому, оскільки відбувається інтеграційний розвиток, що підсилює тенденції до розширення спектру надаваних консультаційних послуг. В таких умовах консультації стають невід'ємною умовою ефективного функціонування організації. При цьому, на нашу думку, необхідна безпосередня участь держави в процесі формування ринку консалтингових послуг, що дозволить сформувати правильну думку про український ринок консалтингу на світовому консультаційному ринку. Також слід враховувати вплив та інші фактори, що впливають на розвиток організацій в цілому. У сучасних умовах одним з найважливіших факторів стає доступ до інформації про діяльність підприємства.

Таким чином, узгодженість управлінських рішень в процесі розвитку компанії забезпечить їй конкурентні переваги. Даний аспект стає важливим в умовах розвитку ринку консультаційних послуг.

Існує широкий спектр консалтингових послуг, а також різні способи їх класифікації. Можна виділити два основних підходи до класифікації консалтингових послуг:

- по-перше, предметний, що акцентує увагу на змісті послуг, що надаються;
- по-друге, методичний, пов'язаний з технологією надання послуги.

В цілому предметний підхід є більш поширеним, оскільки він враховує, перш за все, споживчі переваги в консультуванні. Згідно класифікації видів професійного консалтингу, виділяються вісім основних груп консалтингових послуг: загальне управління; адміністрування; фінансове управління; управління кадрами; маркетинг; виробництво; інформаційні технології; окремі спеціалізовані послуги.

Узагальнення різних класифікацій консалтингових послуг представлено в ряді робіт вітчизняних та зарубіжних авторів. Однак, на нашу думку, необхідне подальше уточнення даної класифікації, оскільки потрібна

адаптація видів консалтингових послуг до сучасної дійсності з урахуванням появи нових галузей в умовах розвитку економіки знань. На основі аналізу точок зору, існуючих в науковій літературі, вважаємо за доцільне запропонувати принципову схему, що дозволяє більш детально описувати окремі види консалтингу з урахуванням предметного та методичного критеріїв. Розширений перелік видів консалтингових послуг і основні методи консалтингової діяльності – експертне консультування, процесний консалтинг, проектний консалтинг і навчальний консалтинг, що систематизують поле консалтингової діяльності, а також ряд додаткових критеріїв.

Уточнимо, що до експертного консультування зазвичай відносять вид консалтингу, що представляє собою одноразове або систематичне надання послуг консультанта з аналізу ситуації та пошуку шляхів вирішення проблеми клієнта. Зазвичай він не передбачає стадії впровадження запропонованих варіантів рішення і контролю за їх виконанням.

Процесний консалтинг характеризується тим, що консультанти та співробітники компанії, включаючи керівництво, спільно працюють над оптимізацією діяльності фірми. Як правило, це довгостроковий вид консультування. Тут не пропонується вирішення конкретних поточних завдань, що стоять перед клієнтом, а скоріше, мається на увазі довгостроковий процес змін.

Проектний консалтинг пов'язаний з розробкою рекомендацій для забезпечення найбільш ефективного функціонування компанії як в цілому, так і в рамках окремих проектів, нею реалізованих. І ще один вид консалтингу, на якому варто зупинити увагу, – це навчальний консалтинг. Заснований на методології використання реальних бізнес-ситуацій для навчання співробітників, а також дозволяє розвинути і закріпити навички навчання внутрішнього персоналу компанії, вирішуючи ті чи інші конкретні завдання. Перевагами навчального консалтингу є те, що співробітники навчаються вирішувати завдання, типові для конкретного виду діяльності.

Навчання може проходити в рамках реалізації професійних функцій конкретного працівника, але з використанням нових правил, методів, інструментів, технологій, що розширює загальну компетенцію співробітника і дає імпульс до його подальшого самостійного навчання.

Зазначимо, що фірми, які надають різноманітні консалтингові послуги, є складовою частиною загальної ринкової інфраструктури, що забезпечує функціонування бізнесу в умовах економіки, заснованої на знаннях. Такі фірми, поряд з іншими інститутами, є складовими ринкову інфраструктуру, націлені на забезпечення руху інформації, товарів, послуг, грошей, цінних паперів, робочої сили. В умовах глобалізації та інформаційної економіки консалтингові послуги стають все більш значущими для розвитку як окремої фірми, так і економіки в цілому. У приватному випадку фірми, що працюють у сфері управлінського консультування, можуть бути охарактеризовані як основа управлінської інфраструктури. Стабільно високий попит спостерігається на послуги в сфері ІТ-управлінського консалтингу. Розвиток ринку консалтингових послуг виявляється пов'язаний, в першу чергу, з попитом на створення та розвиток специфічних телекомунікаційних та інформаційних послуг, що, відповідно, взаємопов'язано зі зробленими раніше висновками про стрімке зростання даного сектора в умовах сучасної економіки.

Сьогодні відбувається подальша спеціалізація консалтингових послуг, що пов'язано з диверсифікацією як практичної діяльності, так і розширення знань в сфері економіки та управління бізнес-процесами. Однак, на нашу думку, найбільш універсальним підходом, що дозволяє комплексно вирішувати завдання функціонуючого підприємства, є саме управлінський консалтинг, що використовується як базовий проектний метод. В управлінському консультуванні можливо створити таку ситуацію для персоналу і керівників компанії, яка вдалася до послуг зовнішніх консультантів, при якій персонал сам виявить основні недоліки в діяльності фірми і знайде варіанти їх нейтралізації. Іншими словами, використання

управлінського консалтингу дозволяє створювати умови для розвитку навчання персоналу, формування самонавчальної організації і, тим самим, створення найбільш ефективної бази для взаємодії консультантів та співробітників фірми, що володіють необхідними навичками для отримання необхідного результату.

Консалтинг (від англ. consulting) – послуги, консультації, здійснювані спеціалізованими консалтинговими компаніями для виробників, продавців, покупців і включають в себе вирішення широкого кола питань економіки, фінансів, права, зовнішньоекономічних зв'язків. Консалтингові компанії можуть на замовлення клієнтів проводити дослідження ринків товарів, ноу-хау, ліцензій, а також розробляти маркетингові програми, проводити оцінку умов експортно-імпортних операцій тощо. Разом з тим навіть таке об'ємне визначення, що зустрічається в переважній більшості спеціалізованої літератури з консалтингу, можна дещо розширити.

За своєю суттю, консалтинг – це процес надання консультаційних послуг, які можуть бути затребувані в будь-якій сфері діяльності.

Природа консалтингових послуг, що полягає у вирішенні проблем замовників, передбачає, що замовлення клієнтів розглядаються як джерело розвитку більшості послуг.

Виходячи з визначення консалтингових послуги, фірми, що надають їх, більше контактують зі споживачами, ніж виробничі фірми. Надання консалтингових послуг проводиться безпосередньо на місці споживання. З іншого боку, виробничі фірми проводять розмежування між виробництвом та споживанням, так що виробнича фірма може уникнути зустрічі зі споживачем. Це дозволяє значною мірою розширити можливості вибору методів роботи, призначення на посади, складання графіка роботи та здійснення контролю над усіма операціями.

У той же час фірми, що надають консалтингові послуги, через контакт їх зі споживачами можуть бути обмежені у виборі методів роботи. Більш того, споживачі іноді самі є частиною системи.

Організації, орієнтовані на виробництво матеріальної продукції, можуть створювати запаси випущених товарів, що дозволяє їм компенсувати деякі потрясіння ринку, викликані змінами попиту. Витрати на функціонування фірми, що надає консалтингові послуги, набагато різноманітніше витрат на функціонування виробничої фірми. Кожен раз при здійсненні консалтингу виникають специфічні відмінності у витратах і, перш ніж їх вирішити, необхідно встановити причину їх виникнення.

За рахунок того, що надання консалтингових послуг проводиться при безпосередньому контакті зі споживачем, фірмі, що надає послуги, доводиться стикатися з великою різноманітністю варіантів виконуваних робіт, тоді як виробничі фірми, за рідкісним винятком, є, більш капіталомісткими та мають більше можливостей механізувати виробничий процес.

Якість послуг більше піддається сумніву, ніж якість товарів, так як виробництво та споживання послуг збігаються за часом. Правильне розуміння особливостей консалтингових послуг та способів, якими клієнти оцінюють такі послуги, становлять фундаментальну важливість для досягнення конкурентної переваги, а значить, і зростання фірм консалтингових послуг на ринку.

В даний час, консультаційною діяльністю займаються тисячі спеціальних фірм, десятки тисяч консультантів. Регулярно публікуються рейтинги найбільших та авторитетних консалтингових компаній. Крім того, консультування – це один з найбільш динамічних видів бізнесу.

Як показує проведений аналіз, більшість дослідників даної проблеми визначають консалтингову послугу, виділяючи характеристики постачальника послуг:

- послуга, що поставляється кваліфікованим персоналом, та яка сфокусована на вирішенні проблем клієнта;
- вона повинна мати ідентифікацію та професійну марку;
- вона є завданням, даним покупцем продавцю.

На підставі, цього, ключові характеристики фірм консалтингових послуг полягають в наступному:

- основна частка витрат закладена в зарплаті;
- працівники мають різний досвід;
- комісійні (оплата) проводяться в залежності від витраченого часу по відношенню до розміру роботи;
- працівники, як правило, обслуговують декількох клієнтів відразу;
- професійний прогрес зростає з терміном перебування на посаді, віком та досвідом.

Резюмуючи, можна дати наступне визначення консалтингової послуги – незалежна консультативна послуга, яка надається досвідченим персоналом у відповідь на запити організації або індивідуальних клієнтів.

В даному визначенні можна виділити наступні ключові моменти:

- основним змістом консалтингових послуг є консультації;
- консультації надаються незалежними від замовників особами;
- постачальники послуг є досвідченими, хоча і необов'язково професійно кваліфікованими, оскільки в цілому ряді випадків більш ефективні консультації менеджерів-практиків;
- споживачі послуг це підприємства та окремі клієнти, які потребують різні послуги;
- послуга надається у відповідь на запит замовника.

У міжнародній практиці, залежно від характеру взаємодії з клієнтом, прийнято виділяти три види консалтингових послуг: процесні (проектні), експертні та навчальні.

Залежно від конкретних завдань на різних стадіях можуть застосовуватися комбінації цих трьох методів. При цьому, як відзначають експерти, навчальне консультування, як правило, супроводжує процесне, а в багатьох випадках і експертне. В Україні найбільшою популярністю користується саме навчальне, або експертно-навчальне консультування.

Що стосується видів консалтингових послуг в залежності від вирішуваних завдань клієнта, в даній ситуації уніфікованого (стандартного) списку не існує. Більш того, різні консалтингові компанії по-різному класифікують основні види або напрямки консультаційних послуг, керуючись власним досвідом. Немає єдиної класифікації і у міжнародних асоціацій консультантів, проте спільні риси можна знайти у всіх. На думку експертів, в даний час можна виділити дев'ять основних груп (видів) консалтингових послуг: загальне управління та адміністрування (управлінський консалтинг), фінансовий консалтинг, юридичний консалтинг; податковий консалтинг; маркетинговий консалтинг; ІТ консалтинг; управління кадрами; виробничий консалтинг; оціночна діяльність.

Н. В. Сурженко доходить висновку, що суть консалтингу полягає в допомозі клієнту підвищувати ефективність своєї діяльності і створювати вартість, як шляхом надання інформації та рекомендацій, так і надаючи свої послуги в досягненні поставлених цілей. Консультант вивчає і аналізує ситуацію, висуває гіпотези і пропонує нововведення, а в деяких випадках, впроваджує їх у життя⁶¹.

Консалтингові послуги можуть здійснюватися не тільки у формі консультацій, рекомендацій або спільних рішень, а й шляхом виконання конкретних технічних або організаційних функцій. До таких послуг можна віднести: аудит; бухгалтерське обслуговування; рекрутмент; інжиніринг; PR і відносини з громадськістю; інвестиційний тренінг.

Дані напрямки не передбачають безпосередніх консультацій, проте також надаються виключно на професійній та науковій основі.

Таким чином, під поняття «консалтинг» можна підвести переважну більшість послуг, що надаються компанії-замовнику. Однак мета або результат будь-якої послуги зводиться до одного: допомогти замовнику

⁶¹ Сурженко Н. В. Розвиток ринку консалтингових послуг: зарубіжний досвід і реалії України. *Збірник наукових праць ТДАТУ (економічні науки)*. № 2 (37). 2018. С. 105-110.

здійснити необхідне впровадження якісних змін, інновацій, провести оптимізацію бізнес-процесів.

Відокремлено в структурі пропозиції стоять послуги з бухгалтерського, податкового та юридичного консалтингу. Пропозиція тут явно програє динаміці клієнтського попиту на ці послуги, і консультанти воліють працювати над своєю репутацією, підвищувати якість рекомендацій, а іноді і впливати на експертному рівні на законодавчу та нормативну базу, в тому числі за допомогою авторитету своїх клієнтів. Кількість ноу-хау в цьому сегменті прямо пропорційна фантазії державних регулюючих органів, що змінюють законодавство, правові норми, тому основним фактором для стимулювання попиту на послуги є креативність мислення консультантів, які знаходять витончені та ефективні стратегії для захисту бізнесу від тиску державних органів.

О. М. Рябець зазначає, що, з одного боку, діяльність юридичних компаній – це різновид ведення бізнесу, орієнтованого на отримання прибутку; з іншого – це надання фізичним та юридичним особам можливості реалізації свого конституційного права на отримання юридичної допомоги з різноманітних питань, пов'язаних як із захистом прав, свобод та інтересів таких осіб, так і з бажанням попередити виникнення несприятливих наслідків неправильно обраного вектора дії в повсякденному житті шляхом надання відповідної юридичної послуги⁶².

Підводячи підсумки аналізу розвитку українського ринку консалтингових послуг, варто відзначити, що, незважаючи на наслідки економічної кризи, еволюція українського консалтингу увійшла у фазу стабілізації тільки завдяки підвищенню ефективності вітчизняного бізнесу, формуванню стійких корпоративних стандартів у сфері управління. Це означає, що попит, фактичний та платоспроможний, вимагає від

⁶² Рябець О. М. До питання про визначення діяльності юридичних компаній в Україні як об'єкта адміністративно-правових відносин. *Науковий вісник публічного та приватного права*. Випуск 6. 2019. С. 219–224.

консультантів не просто вироблення стратегічних і тактичних рекомендацій, а й супроводу їх реалізації шляхом моніторингу та підтримки ключових рішень, посилення орієнтованої на клієнта політики в частині якості, прозорості, впровадження стандартів та більш чіткої формалізації звітності за результатами робіт. Саме це дозволить сформуватися адекватній взаємодії між консультантами та споживачами їх послуг і нівелювати незадоволений потенційний попит на консалтинг. Слід очікувати, що концентрація доходів консультантів змінить свою динаміку не стільки за рахунок поглинання дрібних консультантів великими, скільки через об'єднання дрібних та середніх компаній. Останнім часом на українському ринку стали з'являтися консалтингові брокери, які беруть на себе витрати, пов'язані з вибором постачальника послуг. У ряді розглянутих нами інститутів важливе місце займає тендер, як процедура організації відбору найкращого постачальника. Необхідно відзначити, що можливості застосування тендеру на ринку консалтингових послуг досить обмежені.

Відзначимо, що формальні інститути не можуть повною мірою знімати невизначеність середовища, учасники ринку часто змушені використовувати неформальні інститути. Серед неформальних інститутів, що визначають споживчу поведінку на ринку консалтингових послуг, виділяються інститути довіри, репутації, симпатії, загальні ділові мережі. За підсумками аналізу наукової літератури, були виявлені чотири основні моделі поведінки споживачів консалтингових послуг: використання посередницьких механізмів; орієнтація на роботу з лідером ринку; робота з перевіреними консультантами; активний пошук виконавця.

На теперішній час, термін консалтинг найбільш часто вживається в економічній сфері, позначаючи управлінське консультування.

Надалі, вважаємо за доцільне навести ряд дефініцій. Консалтинг – це професійна допомога з боку фахівців з управління господарським керівникам і управлінському персоналу різних організацій (клієнту) в аналізі та

вирішенні проблем їх функціонування та розвитку, здійснювана у формі порад, рекомендацій, а також спільно напрацьованих з клієнтом рішень.

Більшістю українських вчених консультування визначається як діяльність, здійснювана професійними консультантами та спрямована на обслуговування потреб комерційних і некомерційних організацій, фізичних осіб в консультаціях, навчанні, дослідницьких роботах з проблем їх функціонування та розвитку.

Оцінюючи різні підходи до співвідношення консалтингу та консультаційної діяльності, вбачається, що елементи консультаційної діяльності входять в консалтинг.

У соціологічному підході консалтинг розуміється як діяльність з удосконалення управління, спрямована на виявлення та створення передумов розвитку і реалізації резервів людського фактора в інтересах ефективного досягнення кінцевого результату, заснована на системному соціологічному аналізі та безумовному визнанні іманентної внутрішньої активності суб'єктів, соціальних процесів і явищ.

Варто відзначити, що сама природа консалтингових послуг дозволяє зробити висновок про більш широку сферу його використання крім сфери економіки та соціології.

Оскільки сучасна наука характеризується високою інтегрованістю, а міжнаукові трансляції результатів і методів дослідження є елементом механізму її розвитку, то залучення дослідницьких засобів інших наук – необхідна умова розвитку будь-якої науки, в тому числі і юриспруденції.

Виникаючи та існуючи у власних сферах, консалтингові послуги змістовно адаптуються до характеристик юридичної науки і особливостей юридичної практики, набувають відмінний від свого прототипу обсяг, включаються в систему юридичних понять, тобто предмет науки.

До таких варто віднести поняття правового консалтингу. Термін «консалтинг» був розглянутий в соціологічній науці, але враховуючи його змістовні властивості, а також дійсне практичне існування певного явища в

правовій дійсності, термін може бути прийнятий в понятійно-категоріальний апарат юридичної науки з відповідним правовим наповненням.

У науці, та й на практиці немає однозначної точки зору на те, яку діяльність можна відносити до консалтингової, а яку – ні. У полі невизначеності поставлені також і правові послуги.

Так, розподіл послуг на консалтингові та не консалтингові можна здійснювати на базі класифікатора послуг ООН. У цьому випадку послуги в галузі права не включаються до складу консалтингових послуг.

Однак, відповідно до класифікації Європейського довідника-показчика консультантів з управління до видів консалтингових послуг у розділі 8 (спеціалізовані послуги) під номером 8.06 самостійно виділено юридичний консалтинг.

Розглядаючи класифікацію консалтингових послуг, серед інших, можна виділити юридичні або правові послуги, визначаючи їх як юридичний консалтинг. Причому зазначимо, що специфіка юридичного консультування в порівнянні з економічним, яким займаються менеджмент-консультанти, визначається відмінністю професій економіста і юриста, а в якості підстав розмежування варто навести, як приклад, предмет та засоби консультування.

Доцільним буде відзначити, що поняття правового консалтингу є складним за своїм змістом і складається з декількох елементів. У загальному вигляді можна виділити консалтинговий елемент, і його окремий випадок – консультування, як безпосередньо правовий елемент.

Подвійна природа явищі дозволяє виділити функціональну та предметну складові правового консалтингу. Можна сказати, що перша з них є формою явища, а друга – його змістом.

Говорячи про консультаційну діяльність взагалі, можна відзначити, що нею є сукупність послуг, пов'язаних з інтелектуальною професійною діяльністю консультантів (групи консультантів), в процесі якої консультант надає об'єктивні та незалежні поради і рекомендації, спрямовані на обслуговування потреб клієнтів.

Що стосується правової складової, то видається, що досить часто в науці відбувається змішання таких понять як правові та юридичні послуги, правнича допомога.

У зв'язку з цим, логічним виглядає концепція об'єднання правових та юридичних послуг загальним поняттям – «правнича допомога», з підстав їх виникнення:

- послуги, пов'язані з розглядом справи в суді (у кримінальному, цивільному, адміністративному провадженні);

- послуги, пов'язані з необхідністю отримання юридичної консультації при виникненні конкретної життєвої ситуації.

Зауважимо, що подібний поділ дуже яскраво відображає відмінність юридичних послуг від послуг правових. Саме факт представництва у провадженні по тій чи іншій справі, що породжує відповідні права та обов'язки і вимагає від представника вчинення певних дій в інтересах клієнта, є головною відмінною рисою юридичних послуг. Водночас роз'яснення тієї чи іншої життєвої ситуації з правової точки зору ніяк не може стати підставою виникнення обов'язку для особи, яка дає подібне роз'яснення, вчиняти будь-які дії в інтересах особи, яка звернулася з проханням правового аналізу конкретної ситуації.

Правовий консалтинг не включає в себе дії з надання практичної допомоги, а лише розкриває для клієнта суть сформованої правової ситуації, описує її перспективи, і пропонує дієві та найбільш раціональні методи її вирішення.

Дана діяльність є творчою та унікальною, тому що в кожній новій ситуації виробляється цілий комплекс самостійних та індивідуальних правових заходів.

Таким чином, враховуючи викладене, можна сформулювати наступне визначення правового консалтингу: правовий консалтинг – це незалежна правова діяльність професійних суб'єктів, пов'язана з тлумаченням норм права з метою пошуку оптимальних шляхів вирішення правових завдань в

умовах правового середовища, що виражається здебільшого в консультаційній формі.

Таким чином, запропоноване визначення правового консалтингу є основою подальшого вивчення даного явища в правовій науці та правозастосовній практиці.

Сутність правового консалтингу не тільки обумовлює його роль і призначення як теоретичної правової конструкції, а й як прикладного спеціального правового засобу. Останнє є не просто абстрактною теоретичною категорією, а й реально існуючим явищем, оскільки в правовій системі об'єктивно відокремлюються різного роду регулятивні сутності, своєрідні інструменти, що утворюють специфічні механізми та режими, що визначають особливості роботи права на різних ділянках і стадіях правового регулювання.

Наявність у правовій дійсності такого явища як правовий консалтинг з одного боку ілюструє різноманіття інструментів правової системи, а з іншого відзначає важливість практичних елементів, що сприяють правильному функціонуванню правових відносин.

Стрімкий розвиток світового господарства і динамічна ринкове середовище всередині країни сприяють тому, що фірми змушені шукати шляхи підвищення власної конкурентоспроможності. Значна частина українських фірм користується послугами консалтингових компаній з метою забезпечення ефективності бізнесу. Незважаючи на те що консалтингові послуги з року в рік набувають все більшої популярності як засіб вирішення управлінських, фінансових, податкових та інших проблем суб'єктів ринку, ринок консалтингових послуг в Україні залишається недостатньо дослідженим. Подібна ситуація склалася в силу ряду обставин:

- ринок консалтингових послуг в Україні є відносно молодим і знаходиться в стані становлення і розвитку;
- відсутність чіткого виділення консалтингової діяльності в офіційних статистичних джерелах України сприяло тому, що на певних етапах

дослідження виникає необхідність використання даних експертних оцінок, які не гарантують достовірності наданої інформації, що, в свою чергу, нерідко призводить до спотворення результатів дослідження;

- складність аналізу консалтингової послуги, як наслідок її специфіки: неосязності, відсутності стандартизації оцінки собівартості, рівня якості, ефективності і т.д.

Маловивченим залишається ряд аспектів діяльності консалтингових компаній, так, наприклад, дискусійним залишається питання про те, які саме послуги відносити до ринку консалтингових послуг, як визначити рівень їх якості тощо.

Водночас ряд консалтингових послуг в Україні є дуже широким. Якщо звернутися до Державного класифікатора продукції та послуг ДК 016-2010, затвердженого наказом Держкомстандарту від 11.10.2010 р. № 457, то в майже кожному розділі міститься декілька різновидів послуг, які можна кваліфікувати як консультаційні (консалтингові) послуги: з фінансових консультацій; з консультацій у сфері страхування та пенсійного забезпечення; з програмного забезпечення; з інформаційних послуг та обробки даних; з питань підприємницької діяльності та управління; з вибору місця вивчення суспільної думки та організації збору інформації; з питань використання та споживання товару; з зовнішньоторгових операцій; з підготовки інвестиційних проектів.

Вищевказаний перелік консультаційних послуг не є вичерпним, оскільки в будь-якій предметній галузі знань консультації є необхідними, а послуги, наприклад в галузі оптимізації оподаткування, або правові послуги передбачають обов'язкове проведення консультацій. Так, до послуг, які надаються разом з проведенням у суб'єкта підприємницької діяльності обов'язкової аудиторської перевірки, відносяться консалтингові послуги з питань фінансового, податкового, банківського або іншого законодавства, менеджменту, маркетингу, оптимізації оподаткування, реєстрації, реорганізації та ліквідації юридичної особи.

Державне регулювання.

Сьогодні в Україні не існує повноцінної комплексної системи державного регулювання консалтингової діяльності, оскільки не розроблені спеціальні нормативно-правові документи, що регулюють виключно сферу надання консалтингових послуг. Джерелами права консалтингової діяльності є: нормативно-правовий акт, міжнародний нормативно-правовий договір і правовий звичай. Частково консалтингову діяльність регулюють такі нормативні акти.

Конституція України. Згідно ст. 54 Конституції України громадянам гарантується свобода літературної, художньої, наукової і технічної творчості, захист інтелектуальної власності, їхніх авторських прав, моральних і матеріальних інтересів, що виникають у зв'язку з різними видами інтелектуальної діяльності. Кожен громадянин має право на результати своєї інтелектуальної, творчої діяльності, ніхто не може використовувати або поширювати їх без його згоди, за винятками, встановленими законом. Держава сприяє розвитку науки, встановленню наукових зв'язків України зі світовим співтовариством. Культурна спадщина охороняється законом. Держава забезпечує збереження історичних пам'яток та інших об'єктів, що становлять культурну цінність, вживає заходів для повернення в Україну культурних цінностей народу, які знаходяться за її межами⁶³. Таким чином, Конституція України в загальному визначає права особи на володіння, користування і розпорядження своєю власністю, результатами своєї інтелектуальної, творчої діяльності.

Цивільний кодекс України визначає, що однією з підстав виникнення цивільних правовідносин являється створення літературних, художніх творів, винаходів та інших результатів інтелектуальної, творчої діяльності⁶⁴. Крім того, в Цивільному кодексі чітко прописані визначення часткової та неповної

⁶³ Конституція України. К.: ЦУЛ, 2012. С. 12

⁶⁴ Цивільний кодекс України: Закон України від 16.01.2003 № 435-IV. Відомості Верховної Ради України. 2003. № 40. С. 356.

дієздатності фізичних осіб, що передбачають можливість здійснювати (у разі часткової дієздатності) і самостійно здійснювати права (неповна дієздатність) на результати інтелектуальної, творчої діяльності, що охороняються законом.

Господарський кодекс України. Згідно п. 2. ст. 5 Господарського кодексу України право кожного володіти, користуватися і розпоряджатися своєю власністю, результатами своєї інтелектуальної, творчої діяльності визначається як одна з конституційних основ правового господарського порядку⁶⁵.

Закон України «Про авторське право і суміжні права» визначає перелік об'єктів авторського права, майнові права автора, а також порядок і способи цивільно-правового захисту авторських і суміжних прав.

Закон України «Про захист економічної конкуренції».

Закон України «Про захист від недобросовісної конкуренції».

Оскільки в основі консалтингової послуги лежить знання, то інформаційна складова є визначальною в процесі розробки консалтингового проекту. Серед нормативно-правових актів, які в тій чи іншій мірі регулюють консалтингову діяльність можна назвати:

- закон України «Про захист інформації в інформаційно-телекомунікаційних системах»;
- закон України «Про інформаційні агентства»;
- закон України «Про інформацію»;
- закон України «Про науково-технічну інформацію»;
- закон України «Про наукову і науково-технічної експертизу»;
- закон України «Про охорону прав на винаходи і корисні моделі»;
- закон України «Про розповсюдження примірників аудіовізуальних творів, фонограм, відеограм, комп'ютерних програм, баз даних»;
- закон України «Про електронні документи та електронний документообіг»;

⁶⁵ Господарський кодекс України від 16.01.2003 р. (в редакції від 06.10.2021). URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/436-15#Text>

- закон України «Про електронний цифровий підпис»;
- постанови Кабінету міністрів України;
- міжнародні договори та інше.

Разом з тим, у ст. 41 Закону України «Про землеустрій» від 22.05.2003 року вказується термін «консалтингові послуги», але визначення його – відсутнє, лише зазначається, що консалтингові послуги з питань землеустрою передбачають: а) консультування власників землі та землекористувачів щодо раціонального використання та охорони земель; б) надання інформації про результати досліджень щодо використання та охорони земель, запровадження і здійснення природоохоронних заходів тощо; в) надання інформаційних послуг з питань земельного законодавства, здійснення цивільно-правових угод, оцінки земель, оподаткування, оренди та інших послуг щодо земельних ділянок; г) надання сільськогосподарським товаровиробникам і громадянам практичної допомоги щодо складання бізнес-планів⁶⁶.

Можна зробити висновок, що для ринку консалтингових послуг України фактично відсутнє відповідне спеціалізоване регулювання з боку держави. Це, в свою чергу, негативно впливає на порядок та умови надання консалтингових послуг, частина консалтингових послуг характеризується низьким рівнем якості, а консалтинг залишається ризикованим видом діяльності.

У зв'язку з тим, що в Україні консалтингові послуги існують відносно недавно, вони є недостатньо досліджені у галузі цивільного права.

Слід зазначити, що консалтингові послуги досліджувалися в рамках економіки, фінансів, управління. Консультаційні послуги займають на сучасному етапі одну із провідних позицій серед існуючих послуг, а тому потребують не тільки юридичного визначення предмета, характеру,

⁶⁶ Про землеустрій: Закон України від 22.05.2003 № 858-IV. Відомості Верховної Ради України. 2003. № 36, С. 282.

особливостей цих послуг, а й законодавчого закріплення відносин, які виникають у цій сфері.

Цивільний кодекс України від 16 січня 2003 р. (далі – ЦК України) не містить легального визначення договору про надання консультаційних послуг, хоча положення глави 63 ЦК України, яка має назву «Послуги. Загальні положення», можуть застосовуватися відповідно до частини другої статті 901 ЦК України до всіх договорів про надання послуг, якщо це не суперечить суті зобов'язання. Згідно з ч. 1 ст. 901 ЦК України за договором про надання послуг одна сторона (виконавець) зобов'язується за завданням другої сторони (замовника) надати послугу, яка споживається в процесі вчинення певної дії або здійснення певної діяльності, а замовник зобов'язується оплатити виконавцеві зазначену послугу, якщо інше не встановлено договором⁶⁷.

Послугам притаманна своєрідна правова природа і спільні характерні ознаки. Для усіх послуг характерним є те, що вони:

1) мають нематеріальний характер, а їх результат не набуває речового вигляду;

2) тісно пов'язані з особою виконавця та процесом вчинення ним певних дій (здійснення певної діяльності);

3) не збігаються із самими діями (здійсненням діяльності) виконавця, а існують як окреме явище – певне нематеріальне благо⁶⁸.

Виходячи з цього послуга може бути визначена як певне нематеріальне благо, яке надається однією особою (виконавцем) і споживається іншою (замовником) у процесі вчинення виконавцем певних дій або здійснення певної діяльності. Послугам також притаманний певний кінцевий результат, але останній завжди є немайновим. У деяких випадках

⁶⁷ Цивільний кодекс України: Закон України від 16.01.2003 № 435-IV. Відомості Верховної Ради України. 2003. № 40. С. 356.

⁶⁸ Цивільне право України: Підручник. У 2-х т. За ред. В. І. Борисової, І. В. Спасибо-Фатєєвої, В. Л. Яроцького. К.: Юрінком Інтер, 2004. Т. 2. 567 с.

цей результат наявний (наприклад, доставлення вантажу, перевезення пасажирів), у інших – ні.

Послуги також можуть полягати у діях, результати яких виявити не завжди можливо (наприклад, послуги доглядальниці, репетитора тощо). Крім цього, така корисність дій може полягати у них самих незалежно від їх результату. Наприклад, консультація фахівця є цінною як така, незалежно від використання отриманої інформації у майбутньому. Зокрема, консультації та інші послуги консультанта незалежно від використання його порад особою, котрій вони надавались, і кінцевого результату його професійної діяльності визначаються об'єктом цивільного права. Таке ж значення мають інформаційні, розважальні, освітянські та інші послуги.

Послуги доцільно поділяти на три групи:

- 1) фактичні;
- 2) юридичні;
- 3) змішані.

Для послуг першої групи характерним є те, що уповноважена особа зацікавлена у здійсненні зобов'язаною особою конкретних фактичних дій (наприклад, перевезенні вантажу – ст. 909 ЦК; зберіганні майна – ст. 936 ЦК тощо).

Другу групу послуг становлять дії зобов'язаної особи, що мають правовий характер, наприклад дії повіреного (ст. 1000 ЦК України) або комісіонера (ст. 1011 ЦК України)⁶⁹.

Чинним законодавством України передбачено також випадки, коли правового значення набувають дії зобов'язаної особи як юридичного, так і фактичного характеру (змішані послуги). Наприклад, за договором транспортного експедирування експедитор зобов'язується не тільки супроводжувати вантаж, перевіряти його кількість та стан (фактичні дії), а й

⁶⁹ Цивільний кодекс України: Закон України від 16.01.2003 № 435-IV. Відомості Верховної Ради України. 2003. № 40. С. 356.

оформляти відповідні документи, сплачувати мито, збори і витрати, покладені на клієнта, тощо (юридичні дії) (ст. 929 ЦК України)⁷⁰.

Для кожного виду послуг є відповідний визначений вид зобов'язань з надання послуг. Так, фактичні послуги опосередковуються зобов'язаннями, спрямованими на надання фактичних послуг, юридичні – зобов'язаннями, спрямованими на надання послуг юридичного характеру, послуги, які містять в собі елементи юридичних та фактичних послуг, – зобов'язаннями, які поєднують юридичні та фактичні послуги. Серед договорів про надання послуг значне місце посідають зобов'язання з надання консультаційних послуг, які поряд з зобов'язаннями з надання інформаційних та аудиторських послуг входять до системи зобов'язань, пов'язаних зі створенням та передачею інформації, тобто до системи зобов'язань з надання інформаційних послуг.⁷¹

Статтею 41 Закону України «Про інформацію» визначено поняття «інформаційна послуга». Інформаційна послуга – це здійснення у визначеній законом формі інформаційної діяльності по доведенню інформаційної продукції до споживачів з метою задоволення їх інформаційних потреб. При цьому під інформацією розуміють документовані або публічно оголошені відомості про події та явища, що відбуваються у суспільстві, державі та навколишньому природному середовищі (ст. 1 Закону України «Про інформацію»)⁷². Надання інформаційних послуг не потребує спеціальних дозволів та ліцензування. Вони можуть надаватися у вигляді додаткових послуг спеціалізованими організаціями, (наприклад: кредитні організації, торгово-промислові палати, аудиторські організації).

Враховуючи вищевикладене, предметом договору на надання інформаційних послуг у будь-якому випадку є надання замовнику будь-якої

⁷⁰ Цивільне право України: Підручник. У 2-х т. За ред. В. І. Борисової, І. В. Спасибо-Фатєєвої, В. Л. Яроцького. К.: Юрінком Інтер, 2004. Т. 2. 189 с.

⁷¹ Иоффе О. С. Обязательственное право. М., 1975. 480 с.

⁷² Про інформацію: Закон України від 02.10.1992 № 2657-ХІІ. Відомості Верховної Ради України. 1992. № 48. С. 650.

інформації, критерії відбору, форма та строки надання якої визначаються у договорі. Консультаційна послуга в якості об'єкта регулювання, як будь-яка інша послуга, включає в себе всі ознаки, притаманні інформаційній та послугі взагалі, а саме: фактичне здійснення, юридична дозволеність (правомірність), неосяжність, одночасність надання та отримання послуг, їх нестабільність, нестійкість якості та неможливість її визначення, в тому числі складність виявлення критеріїв якості.

Таким чином до змішаного виду послуг відносяться і консультаційні послуги, оскільки дані зобов'язання включають елементи юридичних та фактичних послуг. Наприклад, до юридичних послуг можна віднести оформлення документів консультантом, які необхідні для здійснення підприємницької діяльності під час виконання договору консалтингу та фактичні послуги, які можуть виражатися, наприклад, у перевірці статутних документів під час здійснення тієї ж діяльності. Специфіка правової природи консультаційних послуг полягає у характері дій, які необхідно здійснити виконавцю для того, щоб виконати зобов'язання з консультування замовника.

Питання щодо визначення поняття «консультаційна послуга» в Цивільному кодексі України не вирішено, проте існує єдиний нормативно-правовий акт, в якому таке визначення зустрічається. Воно міститься в Законі України «Про публічні закупівлі» від 25.12.2015 р. Відразу необхідно зазначити, що наведене в Законі України «Про публічні закупівлі» визначення слід сприймати краще як орієнтир у розумінні характеру консультаційних послуг, а не як імперативну норму, оскільки в тому значенні, в якому терміни розкриваються в Законі України «Про публічні закупівлі», вони використовуються виключно для цілей застосування законодавства про закупівлі.⁷³

⁷³ Про публічні закупівлі: Закон України від 25.12.2015 № 922-VIII. Відомості Верховної Ради України. 2016. № 9. С. 5.

Державний класифікатор продукції та послуг ДК 016:2010, затверджений наказом Державного комітету України з питань технічного регулювання та споживчої політики від 11 жовтня 2010 року № 457, містить законодавчо закріплений перелік консультаційних послуг, консультаційні послуги зустрічаються в кожному з розділів. Тобто ми розуміємо, що при їх класифікації у статистичних чи інших цілях вони ніколи не мають самостійного характеру, оскільки завжди здійснюються в певній галузі, у межах більш широкого напрямку діяльності. Зокрема, державним класифікатором визначено види консультаційних послуг, які можуть здійснювати юридичні особи, відокремлені підрозділи юридичних осіб і фізичні особи – підприємці. Наприклад, послуги щодо фінансового консультування (66.19.99); послуги щодо податкового консультування (69.20.3); послуги юридичні дорадчі та представницькі щодо судових процедур у сфері цивільного права (69.10.14)⁷⁴ тощо.

Аналогічну картину побачимо, якщо звернемося до Національного класифікатора України «Класифікація видів економічної діяльності» ДК 009:2010, прийнятого наказом Держспоживстандарту від 11.10.2010 р. № 457 (далі — КВЕД). Консультаційні послуги як самостійний вид економічної діяльності у КВЕД не названі. Однак при цьому «консультаційний» елемент присутній у багатьох видах діяльності (наприклад, у підкласі 63.00.0 КВЕД «надання інформаційних послуг», 72.10.0 — «Консультування з питань інформатизації», 69.20.0 — «Діяльність у сфері бухгалтерського обліку та оподаткування», 74.20.1 — «Діяльність у сфері інжинірингу», 86.21.0 — «Медична практика», 88.9.0 — «Надання соціальної допомоги без забезпечення проживання», 82.99.0 — «Надання інших комерційних послуг», що включає діяльність консультантів, крім інженерів та фахівців, не віднесена до інших груп, 70.22.0 — «Консультування з питань комерційної

⁷⁴ Державний класифікатор продукції та послуг ДК 016:2010, затверджений наказом Державного комітету України з питань технічного регулювання та споживчої політики від 11 жовтня 2010 року № 457. URL: <http://dkpp.rv.ua/>.

діяльності та управління», що включає різні види консультування, надання рекомендацій та інформації)⁷⁵.

Таким чином, економічні критерії виступають основою вище наведеної класифікації, в ній не враховані усі практичні вимоги, які також визначають класифікацію консультаційної діяльності. Диференціація консультаційних послуг на основі лише одного критерію не може в повній мірі відобразити всі особливості правового регулювання цивільно-правових зобов'язань, які виникають при наданні консультаційних послуг. Як показує практика, видова складова консультаційних послуг постійно збільшується, виникають нові та розвиваються традиційні їх типи. У зв'язку з цим існує проблематика об'єктивного вивчення предмета консультаційної діяльності. Тільки деякі з вище перелічених консультаційних послуг є об'єктом цивільно-правового регулювання. Однак, внаслідок недоліків наданої консультаційної послуги її замовники, а також треті особи можуть зазнати збитків. Відтак виникає потреба у відшкодуванні шкоди внаслідок таких недоліків та визначенні меж цивільно-правової відповідальності.

Вищевикладене підтверджує, наскільки широка сфера здійснення консультування, існує необхідність класифікації консультаційних послуг з метою ідентифікації кожного виду консультування, який визначається низкою завдань і потреб клієнта. У відповідності до сфери застосування консультаційних послуг, можна виділити наступні їх види:

Консалтинг – це інтелектуальна діяльність, спрямована на аналіз можливостей розвитку технічних, організаційних та економічних інновацій та обґрунтування перспектив їх використання. Консалтинг залучається для вирішення проблем управлінської, економічної, фінансової, інвестиційної діяльності підприємств; вирішення питань оптимізації загального функціонування компанії, ведення бізнесу, стратегічного планування та т. д. Основні цілі, які ставить перед собою підприємство, залучаючи консалтинг -

⁷⁵ Національний класифікатор України «Класифікація видів економічної діяльності» ДК 009:2010, прийнятий наказом Держспоживстандарту від 11.10.2010 р. № 457.

це поліпшення якості керівництва, підвищенні ефективності діяльності компанії в цілому і збільшення індивідуальної продуктивності праці.

Серед основних видів консалтингу, можна виділити наступні:

Бізнес-консалтинг – ефективне забезпечення вирішення питань клієнта за допомогою спеціалізованого досвіду, методології, техніки поведінки, професійними навичками чи іншими ресурсами, що допомагають йому в налагодженні ситуації, яка склалася на підприємстві (в організації), у фінансово-економічному стані в межах чинної нормативної-правової бази.

Із складових бізнес-консалтингу вирізняють:

- організацію управління – діяльність, спрямовану на інтеграцію бізнес-рішень через реорганізацію, управління клієнтами, відносини з постачальниками, повернення або зниження витрат; консультування з розробки, аналізу та моніторингу інвестиційних проектів, бізнес-планів, управління фінансовими ризиками, лізинг, франчайзинг, експертиза інвестиційних проектів тощо;
- управління проектами – діяльність із застосуванням навичок, вмінь, інструментів та методів до широкого спектру діяльності, яка зосереджена на меті задоволення вимог конкретного проекту;
- управління змінами – сукупність послуг, спрямованих на подолання наслідків змін в людських ресурсах компанії, ознака будь-якого іншого типу консультування;
- управління людськими ресурсами – консультаційні послуги, які націлені на покращення кадрової складової в компанії через вимір продуктивності, таланту, стратегії, компенсаційних, страхових та пенсійних виплат.

Управлінське консультування – послуги із: розроблення напрямку діяльності та стратегії управління; маркетингу, управління маркетингом і реалізацією кінцевого продукту; управління виробництвом та процесами; управління кадровими ресурсами, їхнім розвитком; структура управління;

екологічність та безпечність умов праці, розробка організаційних структур і систем управління, дослідження ринкового середовища компанії;

- -консультування щодо господарської діяльності (оцінка технологічних можливостей підприємства, використання інформаційних технологій, інжиніринг, аналіз виробництва продукції, організація виробничого процесу, оптимізація процесів підприємницької діяльності, залучення капіталовкладень тощо;

- у сфері інвестування (консультування з розробки, аналізу та моніторингу інвестиційних проектів, бізнес-планів, управління фінансовими ризиками, лізинг, франчайзинг, експертиза інвестиційних проектів тощо.

Фінансове консультування – послуги з оцінки рентабельності бізнесу, ризиків та прогресу, майнових і немайнових витрат, операцій з цінними паперами та активами; розроблення фінансової стратегії; оцінка фінансово-економічного стану як підсумку діяльності; управління фондами й інвестиціями; оптимізація порядку фінансового обліку; оптимізація витрат; розрахунок ефективності окремих проектів.

Юридичне консультування – надання послуг з питань створення, реорганізації і реєстрації підприємств, їх ліквідації, пов'язаних з юридичними аспектами оподаткування; ліцензування діяльності або послуг з патентування; зовнішньоекономічної діяльності; відшкодування витрат, банкрутства; консультування з правових питань юридичних та фізичних осіб:

- консультаційне юридичне обслуговування (перевірка внутрішніх документів на відповідність вимогам чинного законодавства, консультування щодо створення нормативної бази компанії, вибору форми господарювання, злиття компаній, легітимності окремих господарських операцій, допомога у підготовці різного роду проектів, висновки з юридичних питань, які виникають у ході господарської діяльності тощо;

- консультування з питань, які виникають в ході здійснення діяльності нотаріусом (роз'яснення з питань вчинення нотаріальних дій, ознайомлення з юридичними наслідками правочину тощо);
- консультування з питань оподаткування (консультації стосовно ставки оподаткування, порядку обчислення податку, податкового періоду, порядку сплати податку, порядку подання податкової звітності, податкового планування тощо).

Послуги консультування з питань інформаційних технологій допомагають компаніям оцінювати їх ІТ-стратегії з метою застосування технологій в бізнес процесі. Вказані послуги включають в себе стратегічне планування та концепції, операції та їх реалізацію. Такі послуги надають спеціальні фірми з розробки програмного забезпечення; менеджмент-консалтингові і бухгалтерські фірми, що надають послуги із застосування нових ІТ у менеджменті, пристосування стандартних програм до потреб підприємств, вибору обладнання та інтеграції обчислювальних систем; фірми, що обслуговують комп'ютери (проектування обчислювальних систем, навчання користувачів, управління мережами передачі даних, інтеграцію систем тощо); виробники програмного забезпечення (розробка ІТ, орієнтованих на використання виготовленого ними обладнання).

Науково-технічні – консультування щодо апаратного забезпечення, стосовно програм і програмного забезпечення, телекомунікаційних технологій, інноваційних технологій, наукові висновки з різноманітних питань в окремих галузях суспільної діяльності тощо.

Соціально – медичні консультації, в тому числі діагностування, консультування в сфері працевлаштування, страхування, пенсійного забезпечення, соціального обслуговування, освіти, туризму тощо.

Земельні та екологічні-консультування щодо охорони довкілля, соціальної екології, екологічної безпеки, у сфері землекористування (щодо раціонального використання та охорони земель, оцінки земель) тощо.

Отже, консалтингові послуги включають в себе: консультування, надання рекомендацій та практичної допомоги суб'єктам господарювання та державним організаціям у сфері комунікації та обміну інформацією, розробку систем бухгалтерського обліку, програм обліку виробничих витрат, процедур контролю за виконанням консультації та наданням практичної допомоги комерційним підприємствам та державним службам в сфері планування, організації, забезпечення ефективності та контролю, надання управлінської інформації, консультації з питань управління в галузі господарства.

Перелік консалтингових послуг не є вичерпним. Очевидно, що цей перелік буде лише розширюватися з урахуванням потреб ринку послуг.

Консультаційна (консалтингова) послуга – це інтелектуальна діяльність, здійснювана фахівцем на оплатній чи безоплатній основі, в процесі якої замовнику надається інформація у вигляді порад, рекомендацій, висновків у формі, доступній для об'єктивного сприйняття, з питань, визначених замовником у різноманітних сферах діяльності.

Класифікація консультаційних послуг залежно від сфері здійснення консультаційної діяльності має юридичне значення, оскільки предметний критерій класифікації дозволяє виокремити цільову єдність цивільно-правових відносин, які регулюються відповідними нормами права. Водночас значення такої класифікації полягає в можливості систематизації наявних знань про правову природу консультаційних послуг. Більше того, у зв'язку з відсутністю в спеціальній юридичній літературі досліджень з цього питання, класифікація консультаційних послуг за сферою здійснення є особливо вагомим. Запропоновані критерії можуть слугувати основою класифікації консультаційних послуг в приватному праві.

Консалтингова діяльність в Україні, як, власне, в усьому світі, не є жорстко регламентованою в законодавчому порядку. У цьому сенсі спрацьовує відомий постулат, за яким порядок надання консультацій, їхній зміст, рекомендаційні висновки за результатами проведеного аналізу не

можуть і не повинні законодавчо і нормативно регулюватися, тому що це буде порушенням прав консультанта і клієнта. Єдиними загальноприйнятими регуляторами в сфері консалтингу є Кодекс професійної етики консультантів, що на добровільних засадах, з метою забезпечення гарантій професійності і порядності у відносинах з клієнтом, приймається до виконання професійними консультантами і консалтинговими фірмами.

Договір консалтингу. Розмежувальні критерії. Види договорів.

Надання комерційних консультаційних послуг визначається загальними юридичними актами та укладаються в формі типового договору.

Так, договір консалтингу має низку ознак: 1) специфічний предмет договору; 2) послуга за договором, спрямована на надання виключно рекомендацій чи консультацій; 3) практичне застосування отриманого результату; 4) завжди оплатний характер договору; 6) однією із сторін договору консалтингу завжди є юридична особа або фізична особа – підприємець.

Головним розмежувальним критерієм договору консалтингу від інших цивільно-правових договорів є його предмет. До предмета договору консалтингу входить надання послуг, яке має певний механізм надання професійних консультацій та рекомендацій. Таким чином, можна зробити висновок, що предмет договору консалтингу – діяльність фізичної або юридичної особи по створенню та передачі інформації, яка необхідна для вирішення конкретних проблем замовника та використовується в процесі її існування. Надання консультаційної послуги завжди спрямоване на надання рекомендацій чи консультацій, що передбачає: по-перше, надання відповідей-рекомендацій на конкретні питання замовника, пов'язані з поточними проблемами, за наявності яких виконавець пропонує замовнику свій варіант вирішення; по-друге, довгострокові консультації засновані на взаємодії замовника та виконавця, тобто виконавець надає допомогу з усіх питань, які виникають в пріоритетних сферах підприємницької діяльності, протягом строку, на який укладено договір.

Однією із основних відмінностей між договором консалтингу та договором про надання послуг є – строк залучення. Відповідно до договору консалтингу, його припинення відбувається, якщо будь-яка зі сторін повідомляє про це. Однак, згідно з договором про постачання послуг, припинення відбувається, якщо послуги завершені або після встановленого періоду часу.

Також до розмежувальних умов договору консалтингу від інших договорів про надання послуг можна віднести – обов'язки Клієнта/Замовника та обов'язки Консультанта/Постачальника. Відповідно до договору про надання послуг, постачальник повинен надавати послуги та доставляти результати, зазначені в угоді та її графіках. Під час виконання послуг постачальник повинен: (а) проявляти розумну обережність та вміння; (б) дотримуватися комерційної практики та стандартів у застосовній галузі; та (в) дотримуватись відповідних законів та правил.

Відповідно до Договору консалтингу, консультант має ті ж зобов'язання, що і постачальник. Крім того, консультант також повинен:

- приділяти певну кількість часу на день/тиждень/місяць визначену у договорі;
- сприяти фінансовим та комерційним інтересам клієнта (наприклад, можливості бізнесу);
- звітувати клієнту та інформувати клієнта про все, що стосується послуг, що може вимагатися в договорі консалтингу;
- дотримуватись розумних стандартів безпеки та гігієни та процедур безпеки, що застосовуються у приміщенні, та будь-якої іншої політики, яка вимагається консультантом.

Консультант також має можливість відповідно до договору консалтингу призначити заступника.

Відмінності в обов'язках та обов'язках Клієнта/Замовника.

Відповідно до договору консалтингу, єдиним обов'язком клієнта є оплата відповідно до узгоджених умов. Однак, згідно з Договором про надання послуг, на додаток до вищезазначеного, клієнт повинен:

- надавати будь – яке обладнання, матеріали та інформацію, необхідну постачальнику для виконання своїх обов'язків;
- отримувати та підтримувати необхідні ліцензії та згоди; та забезпечити доступ до приміщень у разі потреби.

Результатом виконання договору консалтингу є удосконалення практики чи виробництва, підвищення ефективності роботи замовника. Важливою умовою договору консалтингу є ціна. Так, у ч. 1 ст. 632 ЦК України зазначено, що ціна в договорі встановлюється за домовленістю сторін. У даному випадку, коли ціна є істотною умовою договору, вона має бути обов'язково встановлена ним. Тому невизначеність ціни є підставою для визнання договору неукладеним.

У практиці прийнято застосовувати чотири основні форми встановлення ціни на консалтингові послуги:

- 1) погодинна оплата;
- 2) фіксована оплата;
- 3) відсоток вартості об'єкта консультування або отриманого результату;
- 4) комбінована оплата.

Зазначені форми встановлення цін є ринковими, тобто встановлюються у процесі конкурентної боротьби та переговорів. Жодних загальнодержавних преїскурантів на консалтингові послуги не існує, а ціна визначається, виходячи із взаєморозуміння, аргументів і обґрунтувань. Клієнт повинен володіти інформацією про ціноутворення на ринку консалтингу, щоб, з одного боку, не переплачувати, а з іншого – не втратити кваліфікованих консультантів через низьку оцінку їхньої роботи. Останнє для українських умов має особливо важливе значення, оскільки керівники

підприємств далеко не завжди націлені на те, щоб платити “за слова і папери”.

Отже, на підставі викладеного вище можна зробити висновок, що договір консалтингу – непоіменований цивільний договір і є різновидом договору оплатного надання послуг. Відповідно до викладеного сформулюємо поняття договору консалтингу: за договором консалтингу одна сторона (виконавець) зобов’язується здійснити для іншої сторони (замовника) фактичну діяльність зі створення та передачі обумовленої сторонами інформації для вирішення конкретних завдань замовника, що використовується у процесі її надання, результат якої, як правило, не має речового виразу, але інколи може фіксуватися на матеріальному носії, котра може надаватися як одноразово (за заявкою), так і на постійній основі (абонентське консультативне обслуговування), а замовник зобов’язаний прийняти зазначену інформацію від виконавця та оплатити її⁷⁶.

Правові відносини між консалтинговою фірмою і клієнтом визначаються винятково умовами угоди, яку вони між собою укладають у письмовій формі. У разі порушення однією із сторін умов – термінів надання інформації, виконання етапів, завершення та оплати роботи тощо, такі ситуації вирішуються на підставі чинної нормативно-правової бази. У разі порушення консалтинговою фірмою норм Кодексу професійної етики клієнт може повідомити про це професійну асоціацію, до якої входить консалтингова фірма чи індивідуальний консультант. Асоціація з’ясує питання і надасть клієнту висновки конфліктної комісії. Такі умови повинні бути визначені в угоді. Якщо консалтингова компанія є членом асоціації і її фахівці підписували зобов’язання дотримуватися Кодексу професійної етики, це також повинно бути відзначено в угоді.

Врегулювання питань, пов’язаних з документальним оформленням, має інший важливий аспект. Цей аспект проявляється у тому, що, не маючи в

⁷⁶. Маринко Г. И. Управленческий консалтинг: Учеб. пособие. М.: ИНФРА-М, 2005. с. 63.

руках підписаних документів, консультант позбавляється основи для розв'язання певних питань щодо обсягу робіт, графіка їх виконання, умов оплати або виплати заборгованості за рахунками. Юридичний, формальний бік контрактів на консалтингові послуги суттєво не відрізняється від вартісного аспекту іншого контракту. Перед початком проведення консультаційних робіт між консультантом і клієнтом укладається договір консалтингу та надання консультаційних послуг. У заголовку договору може уточнюватися вид послуг, які мають бути надані, наприклад, маркетингові послуги.

Якщо під час укладання договору важко точно формалізувати всі напрями, за якими взаємодіятимуть клієнт і консультант, може бути підписаний договір на консалтинговий супровід підприємства. Конкретні види необхідних консультаційних робіт чи умови їх виконання описуються в додатках до цього договору.

Якщо організація хоче бути постійним клієнтом консультаційної фірми, щоб за невелику постійну плату завжди мати принагідно кваліфікованих сторонніх експертів, укладається договір на консалтингове абонентське обслуговування. На сьогодні ця форма набуває популярності в Україні, особливо щодо корпоративного юридичного обслуговування, послуг з моніторингу ринків, рекрутингу, інформаційного обслуговування. Крім того, розрізняють договори, які укладаються з фірмами, групами консультантів – договір підряду з творчим колективом і договори з індивідуальними консультантами – трудові угоди. У тому разі, коли відносини виникають між юридичною особою (фірмою), з одного боку, і консультантом, з іншого боку, укладається договір, що має назву договору підряду на надання консультаційних послуг.

Юридична, формальна сторона договорів консалтингу не відрізняється істотно від будь-якого іншого договору. Тому головне в переговорах і при складанні договорів – це виявлення змісту цих відносин. Важливою складовою частиною договорів консалтингу є календарний план

робіт, протокол угоди про договірну ціну, акт про приймання науково-технічної продукції за договором і кошторис витрат на виконання договірних робіт. Не менш особливою складовою є кошторис вартості людино-години, оскільки вартість праці консультантів є найважливішою статтею кошторису вартості консультації. У цей час стандартні форми договорів необов'язкові. Зміст договорів, у тому числі й консалтингових, є приватною справою партнерів (якщо дії, передбачені договором, не будуть порушувати законодавства). При складанні договору консалтингова фірма й клієнтська організація повинні прагнути до досягнення взаєморозуміння з питань організації їх взаємодії та взаємних зобов'язань сторін. Можна виділити сім груп договорів.

1. Триваючий (абонементний) договір. У рамках такого договору клієнт запрошує консультанта 1–3 рази на місяць у свою організацію, де останній бере участь у нарадах, дає персональні консультації, проводить навчальні заняття (наприклад, тимблдінг) тощо. При такому підході організації договірної роботи консультант є постійним членом групи керівників вищої ланки. Тема й мета роботи формуються відповідно до існуючого на підприємстві положення. Для працівників клієнтської організації, що бажають одержати індивідуальну консультацію, спосіб консультування визначається в поточному порядку залежно від ціни та цілей консультування.

2. Договір з діагностики. Існує разова та повторювана діагностика. Разова діагностика може становити окреме замовлення або перший етап комплексного договору та проводитися за схемою здійснення загальної діагностики. При проведенні повторюваної діагностики група консультантів у рамках відповідного договору відвідує підприємство регулярно. Постійна мета – роз'яснення проблем клієнта, причин їх появи й тенденцій розвитку протягом тривалого часу. Якщо буде потреба, даються індивідуальні консультації. Консультування в цьому випадку може проводитися будь-

якими способами з усіма проміжними варіантами. Виконавцями звичайно виступає група консультантів із двох – трьох осіб.

3. Договір з впровадження укладається в тих випадках, коли програма робіт відносно ясна ще до початку договору (наприклад, упровадження системи автоматизованої обробки даних, нового виробу, нової техніки, технології, нових методів управління й т. д.). Мета такого договору – забезпечити плавний і безболісний процес упровадження з урахуванням існуючого становища. Індивідуальні консультації одержують працівники клієнтської організації, які найбільш пов'язані з упровадженням. Як правило, робота проводиться процесно-експертним методом.

4. Договір з підвищення кваліфікації. Тема договору може бути як вузькою (розрахунок чистої продукції, тренування спілкування й тощо), так і широкою, що сприяє збільшенню базових знань (основи організації та управління, методи управління й тощо). Основна вимога до здійснення такого договору: всі навчальні матеріали, що використовуються на курсах, повинні бути безпосередньо пов'язані з роботою даної організації. Індивідуальні консультації можуть одержувати керівники й фахівці підприємств. Навчання іноді проводиться в індивідуальному порядку. У такому випадку використовується, головним чином, навчальне консультування. Число консультантів залежить від кількості та складу охоплення працівників і обсягу замовлення.

5. Договір зі складання проекту. У рамках такого замовлення консультанти використовують ряд методів для розробки проектів з удосконалення або створення системи управління. Теми проектних договорів різні: наприклад, удосконалення управління за допомогою складання нового довідника підприємства, збірника управлінських процедур, посадових інструкцій тощо. Прикладом комплексного замовлення з такої тематики може служити складання організаційного проекту для спорудження нового підприємства. Число консультантів залежить від обсягу і строків замовлення.

6. Договір з розвитку організації. Замовлення на комплексне консультування: керівництво підприємства, використовуючи методи, запропоновані консультантами, проводить діагностику й розробляє довгострокову стратегію (перспективний план розвитку та шляхи його здійснення) розвитку своєї організації або вносить корективи в існуючу стратегію. Розробляються загальна і приватна стратегії підприємства. Консультації одержують керівники вищої ланки та ключових підрозділів. Метод роботи – процесне консультування.

7. Договір на разову консультацію. У таких випадках консультант відповідає на конкретне запитання керівника (пропонує керівнику свій варіант або варіанти рішення). Звичайно предметами подібного консультування є питання, вирішення яких регламентуються великою кількістю законодавчих актів, при цьому консультант повинен знати їх краще керівника.

Найбільш розгорнуті форми договорів консалтингу застосовуються міжнародними організаціями, що здійснюють консультаційно-технічну допомогу, такими, як Європейський Союз, Світовий банк, Міжнародна організація праці тощо.

З юридичної, формальної, сторони договір консалтингу та надання консультаційних послуг не має яких-небудь істотних відмінностей від інших договорів. Найбільш розгорнуті та деталізовані договори розроблені міжнародними організаціями, що здійснюють консультаційно-технічну допомогу. Типові форми договорів консалтингу рекомендуються деякими національними асоціаціями консультантів для своїх членів. Порядок укладання договору консалтингу залежить від юридичної системи конкретної країни. В Україні як типові форми договорів при здійсненні консалтингових послуг використовують форми договорів, що застосовуються для здійснення наукових досліджень. Для консультаційних фірм – це договір на проведення науково-дослідних робіт, консультаційно-інформаційного обслуговування,

для групи консультантів – це договір підряду з тимчасовим трудовим (творчим) колективом, для індивідуальних консультантів – це трудова угода.

У будь-якому договорі обмовляються такі ключові моменти:

- що буде робити консультант;
- як він це буде робити;
- коли він буде це робити;
- що повинен надати клієнт для успішної роботи консультанта (інформація, приміщення, устаткування й т. д.);
- ціна.

Обсяг роботи консультанта, спосіб її виконання та графік роботи узгоджуються в розділі «Предмет договору». Він включає характеристику розв'язуваних проблем, мету, види діяльності, обсяг робіт, очікувані результати й застосовувані методи. Опис повинен бути як можна більш точним і детальним, оскільки саме заради вирішення відображених у цьому розділі питань і запрошується консультант. Змістом таких послуг може бути як проведення наукових досліджень, розробок, створення зразків нових виробів, розробка технічних вимог та документації, так і можливе наступне оформлення авторських прав, патентування винаходів у країні й за кордоном.

Наступним розділом договору консалтингу є «Обов'язки сторін». Важливою особливістю взаємин сторін є умова, що виконавець зобов'язаний провести дослідження без залучення третіх осіб. Залучення третіх осіб до роботи над замовленням на умовах субпідряду можливе тільки за згодою замовника. Виконавець зобов'язаний гарантувати замовникові, що результати його робіт не містять порушення авторських прав третіх осіб.

Замовник зобов'язаний видати разом із завданням усю наявну в нього інформацію з необхідними вихідними даними, погоджувати з виконавцем тематику й, головне, програму робіт із проміжними та граничними строками виконання.

Третій розділ договору – «Ціна та загальна сума договору». Вартісна оцінка проведених робіт рідко базується на твердо зафіксованій сумі. Краще передбачити у взаєминах сторін узгодження кошторису зі змінними складовими, що враховують можливі зміни в обсязі трудовитрат, потребах у додаткових кваліфікованих фахівцях, приладах, інструментах, матеріалах.

У міжнародній практиці найбільш оптимальним способом визначення остаточної вартості наданих послуг досліджень і розробок є система «вартість плюс винагорода». При цьому у вартість входять у розширеному вигляді такі витрати, підтверджені документами:

- амортизація основного дослідницького устаткування й додатково придбаних приладів, інструментів, оснащення;
- оренда приміщень, лабораторій, а також дослідницького устаткування;
- вартість спожитих матеріалів та комплектуючих, енергоресурсів;
- адміністративні витрати, пов'язані з виконанням робіт;
- заробітна плата дослідницького та допоміжного персоналу з урахуванням ставок за категорією, кваліфікацією і витраченим часом.

Практика застосування системи «вартість плюс винагорода» не суперечить і не виключає узгодження сторонами орієнтовного кошторису, що необхідне для планування витрат, стимулювання виконавця при ощадливій витраті коштів, а також при можливому розміщенні замовлення через конкурсні торги.

Четвертий розділ договору – «Умови і порядок розрахунків».

П'ятий розділ договору – «Строки виконання робіт»: один строк; кілька строків виконання складних робіт.

Шостий розділ договору – «Відповідальність сторін». Виконавець несе перед замовником відповідальність за виконання своїх договірних зобов'язань у строгій відповідності із завданням і строком закінчення робіт, якщо не доведе, що невиконання відбулося не з його вини. Він зазнає збитків,

пов'язаних з невиконанням, включаючи упущену вигоду, в розмірі, що не перевищує загальної вартості робіт.

Ризик недосагнення бажаних результатів і заданих параметрів лежить на замовнику, тому що в договорах рідко використовуються гарантії належного виконання, а самі дослідження й розробки часто називають ризиковими (венчурними).

Сьомий розділ договору – «Інші умови» – форс-мажорні обставини, арбітражний розгляд спорів, конфіденційність інформації та ін.

Далі вказуються юридичні адреси, ставляться підписи та печатки сторін.

На сьогодні діяльність консультаційних фірм України пов'язана з чотирма головними напрямками проблем.

Перша – психологічна. Вона полягає в тому, що значна кількість керівників підприємств, особливо великих, не усвідомлюють ефективності співпраці з консультантами і віддають перевагу власному баченню проблем і шляхів її вирішення. А багаторічний світовий досвід свідчить, що залучення незалежних консультантів призводить до швидшого й ефективнішого вирішення найбільш нагальних проблем підприємства і запобігає їх виникненню.

Друга проблема – це відсутність коштів у підприємств на оплату консультаційних послуг. Частково ця проблема зумовлена тим, що бажання звернутися до консультанта виникає тоді, коли підприємство вже перебуває у занепаді. Найбільш ефективним є залучення консультанта на постійній основі, що дає змогу запобігти занепаду підприємства. Крім цього, брак коштів є вагомою проблемою також для впровадження запропонованих консультантами рекомендацій.

Третьою проблемою є недосконалість чинної законодавчо-нормативної бази у сфері економіки. Це призводить, по-перше, до економічного, в т.ч. фінансового, занепаду підприємств і, по-друге, ускладнює вирішення проблеми виходу підприємства з важкої ситуації. Слід

врахувати те, що консультант може розробляти свої рекомендації винятково в межах чинного законодавства. З цієї причини вирішення проблеми його вдосконалення, приведення до оптимальних норм є дуже важливим.

І, зрештою, четверта проблема – це проблема професійного рівня всіх суб'єктів відносин в економічній сфері. Невідповідність вітчизняної термінології і методології, загальноприйнятій, яка застосовується в економіці високо розвинених країн, призводить до непорозумінь між консультантом і клієнтом. Така ситуація теж має значний негативний вплив на розвиток консультаційної галузі й економіки в цілому.

Усі ці проблеми можуть бути вирішені лише за умови їхнього усвідомлення і бажання вирішити всіма зацікавленими прошарками українського суспільства.

Перспективи. Розвиток консультаційної сфери прямо залежить від розвитку ринкових відносин і, відповідно, від внутрішньої і зовнішньої економічної політики, яку проводить держава. Добробут і процвітання консультаційних фірм залежить від об'єднаних зусиль і консультантів, і консультаційних фірм. Для того, щоб інститут професійних консультаційних послуг справді став складовою ринкової інфраструктури і повноцінно виконував свої функції, необхідно передусім легалізувати професію “бізнес-консультант”.

З метою наближення кваліфікаційного рівня українських консультаційних фірм до світових стандартів провадиться робота з ранжування фірм за їх кваліфікаційним рівнем. У майбутньому планується проведення сертифікації консультантів фірм за міжнародними вимогами.

2.2. Договір франчайзингу

Сьогодні франчайзинг є одним з найприбутковіших видів підприємницької діяльності, зокрема, у сфері харчування, торгівлі, освіти, охорони здоров'я та надання фінансових послуг. Окрім цього завдяки

франчайзингу збільшуються обсяги міжнародної комерційної діяльності та розширюються її межі.

Договір франчайзингу є рентабельним як для представників великого, так і малого бізнесу. Адже саме за допомогою франчайзингу великі компанії збільшують кількість своїх представництв без значних капіталовкладень, розширюючи тим самим ринки збуту своїх товарів, а франчайзі (користувачі) отримують право на використання вже перевіреної бізнес-моделі, яка має відоме для споживача найменування та довела свою ефективність та прибутковість⁷⁷.

За даними Міжнародної Асоціації Франчайзингу в США договори франчайзингу застосовуються як мінімум у 65-ти сферах: готельному та туристичному бізнесі, у сфері громадського харчування, автосервісу, оренди автомобілів, поставок у різних галузях (логістичні послуги), у сфері будівництва, надання послуг хімчистками, салонами краси, у сфері продажу товарів за каталогами, надання медичних, страхових, бухгалтерських, аудиторських, фінансових послуг, у сфері фармацевтики, оптики тощо. У Великобританії на основі франчайзингу працюють в 46 сферах бізнесу, в яких виділяють 38 додаткових секторів⁷⁸. ВОІВ у Міжнародній класифікації товарів і послуг виділяє 45 класів товарів і послуг (34 класи товарів та 11 класів послуг)⁷⁹, виробництво, продаж або надання кожного з яких може бути об'єктом договору франчайзингу.

В Україні ж наразі за допомогою франчайзингу розвиваються як місцеві підприємницькі мережі (зокрема, Pizza Celentano Ristorante, Львівська

⁷⁷ Юніна М.П., Яшан Ю.Б. Порівняльна характеристика договору франчайзингу за законодавством України та Німеччини. Міжнародна та національна безпека: теоретичні і прикладні аспекти : матер. III Міжнар. наук-практ. конф. (м. Дніпро, 15 бер. 2019 р.) Дніпро : Дніпроп. держ. ун-т внутр. справ, 2019. С. 323-324.

⁷⁸ Свіда І. В. Франчайзинг як форма організації бізнесу. *Збірник наукових праць Черкаського державного технологічного університету. Серія: Економічні науки.* 2009. № 24(1). С. 191–195. С. 192. URL: [http://nbuv.gov.ua/UJRN/Znpchdtu_2009_24\(1\)__39](http://nbuv.gov.ua/UJRN/Znpchdtu_2009_24(1)__39).

⁷⁹ International Classification of Goods and Services for the Purposes of the Registration of Marks. World Intellectual Property Organization. Tenth Edition. Part II. 170 p. URL: http://www.wipo.int/export/sites/www/classifications/nice/en/pdf/text_ncl_10_part_2.pdf

майстерня шоколаду, Mafia), так і міжнародні учасники ринку (наприклад, KFC, Mothercare, Yves Roscher)⁸⁰.

У 2009 р. в Україні було засновано громадську організацію – Федерацію розвитку франчайзингу України, метою якої є налагодження співпраці у сфері міжнародного бізнесу між представниками влади, підприємцями та безпосередньо підприємствами в Україні. Ініціаторами створення цієї Федерації була група компаній, зацікавлених у розвитку інфраструктури, малого та середнього бізнесу в Україні⁸¹. Одним з завдань діяльності вказаної Федерації є створення навчальних закладів із підготовки та перепідготовки спеціалістів у галузі франчайзингу, захист інтересів членів Федерації, інформаційне та консультаційне забезпечення членів Федерації, співробітництво з органами державної влади з питань формування політики в галузі франчайзингу, гостинності та інфраструктури малого та середнього бізнесу, розробка та внесення пропозицій щодо вдосконалення законодавчої бази в галузі франчайзингу, гостинності, інфраструктури та підприємницької діяльності в цілому. Окрім цього Федерація займається також діяльністю із залучення іноземних інвестицій до сфер українського бізнесу⁸².

Що стосується дефініції «франчайзинг», то слід зазначити, що наразі відсутнє її єдине загальноприйнятне визначення, кожна країна та національна або міжнародна організація подають власні визначення, які іноді певною мірою навіть протирічать одне одному.

Так, Посібник із франшизи Всесвітньої організації інтелектуальної власності визначає франшизу як договір, за яким одна особа (власник франшизи), що має розроблену систему ведення певної діяльності, дозволяє іншій особі (користувачу франшизи) використовувати цю систему відповідно

⁸⁰ Микуляк В., Махінова А. Українське обличчя франчайзингу. URL: https://www.sk.ua/wp-content/uploads/sk_files/franishiza_ukr.pdf

⁸¹ Момот Л. В. Розвиток франчайзингу в Україні. *Наукові праці НУХТ*. 2014. Т. 20. № 5. С. 81–86.

⁸² Мета, завдання та предмет діяльності Федерації. Федерація розвитку франчайзингу України. URL: <http://fdf.org.ua/pro-federatsiyu/meta-zavdannya-ta-predmet-diyalnosti-federatsiji>

до вимог власника франшизи в обмін на винагороду (компенсацію)⁸³. Тобто у цьому визначенні дефініція «франшиза» використовується у двох значеннях: по-перше, як договір, по-друге – як вид господарської діяльності. Як зазначає О.В. Гладка, «вид підприємницької діяльності, заснований на видачі дозволу на використання комплексу виключних прав на засоби індивідуалізації, називають франчайзингом, а франшизою називають або сам договір, або торговельні точки, утворені за принципом франчайзингу»⁸⁴.

Міжнародною асоціацією франчайзингу франчайзинг визначається як «договірні відносини між франчайзером і франчайзі, де франчайзер пропонує або зобов'язується виявляти постійний інтерес до діяльності франчайзі в таких сферах, як ноу-хау і навчання персоналу, тоді як франчайзі здійснює власну діяльність під спільним фірмовим найменуванням, форматом і/чи процесом, яким володіє та контролює франчайзер, і вклав або вкладе суттєві інвестиції у це підприємство із власних ресурсів»⁸⁵. Тобто франчайзинг у цьому визначенні розглядається як спосіб взаємодії між декількома суб'єктами підприємницької діяльності, що опосередкована спеціальною угодою між ними.

Британська асоціація франчайзингу визначає його як «контрольну ліцензію, що надається однією особою (франчайзером) іншій особі (франчайзі), яка: дозволяє або вимагає від франчайзі впродовж строку дії договору здійснювати передбачений вид підприємницької діяльності під найменуванням, що належить або асоціюється з франчайзером; дає право франчайзеру впродовж строку дії договору здійснювати поточний контроль за діяльністю франчайзі; зобов'язує франчайзера надавати франчайзі допомогу в здійсненні цієї підприємницької діяльності (щодо організації ведення бізнесу франчайзі, навчання його персоналу, управління тощо);

⁸³ Руководство по франшизе. Женева : ВОИС. 1995. 57 с.

⁸⁴ Гладка О.В. Комерційна концесія як форма інноваційного інвестування. : дис. ... канд. юр. наук : 12.00.04. Харків, 2015. 188 с. С. 87. URL: http://nauka.nlu.edu.ua/download/diss/Gladka/d_Gladka.pdf

⁸⁵ Амеліна І. В., Семенець В. В. Розвиток франчайзингової діяльності в Україні. *Економіка і регіон*. 2015. № 2 (51). С. 21–24.

зобов'язує франчайзі впродовж строку дії договору виплачувати франчайзеру періодичні грошові відрахування за надане право користування франшизою або за товари чи послуги, надані франчайзером франчайзі»⁸⁶.

Тобто у цьому визначенні франчайзинг розглядається як дозвіл на використання прав, що належать франчайзеру, виданий ним для здійснення франчайзі підприємницької діяльності певного типу протягом певного строку. Таким чином, в обох наданих визначеннях франчайзинг являє собою угоду, схожу за своїми ознаками на ліцензійну.

Федерація розвитку франчайзингу України пропонує розуміти під франчайзингом «форму організації бізнесу, при якій компанія (Франчайзер) передає право на продаж своїх продуктів і послуг партнеру-Франчайзі, яким може бути юридична або фізична особа. Франчайзі зобов'язується продавати ці продукти і / або послуги за заздалегідь визначеними правилами ведення бізнесу, встановленим франчайзером, і одержує дозвіл використовувати ім'я компанії-франчайзера, її репутацію, досвід, маркетингові технології, експертизу та механізми підтримки»⁸⁷.

Так само деякі українські науковці визначають франчайзинг через поняття угоди. Наприклад, Г. Андрощук і В. Денисюк визначають, що франчайзинг – це угода, «при якій виробник або одноосібний розповсюджувач продукції чи послуг, які захищені товарним знаком, дає ексклюзивні права на розповсюдження на певній території своєї продукції або послуг»⁸⁸.

Я. О. Сидоров визначає франчайзинг як «правочин, за яким одна сторона (правоволоділець – франчайзер) зобов'язується надати іншій стороні (користувачу – франчайзі) на термін або без зазначення терміну за плату право використання в підприємницькій діяльності останньої належного

⁸⁶ Горбова Х. В. Проблемні питання концесійної діяльності підприємств нафтогазового комплексу. *Ефективна економіка*. 2012. № 3. С. 1–3.

⁸⁷ .Федерація розвитку франчайзингу України. URL: <http://fdf.org.ua/>

⁸⁸ Андрощук Г. А., Денисюк В. А. Франчайзинг: определения, преимущества, перспективы. *Бизнес Информ*. 1997. № 9. С. 10-15.

правоволодільцю комплексу виключних прав на об'єкти інтелектуальної власності (торговельних марок, промислових зразків, винаходів, комерційних таємниць і т.п.), а користувач зобов'язується дотримуватися умов використання наданих йому прав»⁸⁹.

У більш широкому значенні, як форму організації бізнесу, як відзначає А. С. Цеслів, визначає франчайзинг Стівен Спінеллі – «це форма організації та ведення бізнесу, у відповідності до якої один з підприємців (франчайзер) розробляє модель бізнес-процесу і продає права на ведення бізнесу у відповідності до цієї моделі іншому підприємцю (франчайзі)»⁹⁰.

Подібним чином визначають франчайзинг М. Бедринець та А. Сурженко: «Франчайзинг – це така організація бізнесу, у якій підприємство (франчайзер) передає незалежній людині або підприємству (франчайзі) право на продаж продукту або послуг цього підприємства»⁹¹. Також особливою формою ведення бізнесу франчайзинг визнає І.І. Килимник, вказуючи, що це довгострокова співпраця двох або декількох партнерів, які об'єднуються з метою сумісного використання товарного знаку, відпрацьованої технології, ноу-хау та інших об'єктів права інтелектуальної власності⁹².

Г.В. Цірат вважає франчайзинг не видом підприємницької діяльності, а лише способом просування та збуту товарів і послуг франчайзера із залученням фінансових ресурсів франчайзі⁹³.

Житар М., Ленкевич О. вважають за доцільне згрупувати різні напрямки визначення франчайзингу за ступенем участі франчайзингу в

⁸⁹ Сидоров Я. О. Становлення інституту комерційної концесії в Україні (цивільно-правовий аспект): дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03. Запоріжжя, 2004. 195 с. С. 109.

⁹⁰ Цеслів А. С. Комерційна концесія та суміжні договори: порівняльний аспект. *Бізнес Інформ*. 2013. № 6. С. 351–355.

⁹¹ Бедринець М. Д., Сурженко А. В. Фінансовий менеджмент у малому бізнесі : навч. посіб. Київ : Центр навчальної літератури, 2016. 352 с.

⁹² Килимник І. Договір франчайзинга: аналіз содержания. *Предпринимательство, хозяйство и право*. 2000. № 9. С. 21-28.

⁹³ Цірат Г.В. Чи бути спеціальному закону про франчайзинг в Україні? *Юридична газета*. 2018. № 8 (620). URL: <https://yur-gazeta.com/publications/practice/civilne-pravo/chi-buti-specialnomu-zakonu-pro-franchayzing-v-ukrayini.html>

організації бізнесу на такі: угода, характеристики якої схожі на ліцензійну; спосіб доставки, розповсюдження, просування продукції; взаємодія між декількома підприємствами; форма організації бізнесу. При цьому вчені визначають франчайзинг як «форму організації бізнесу, для якої характерною є передача одним підприємством іншому власних розробок (торгова марка, бізнес-модель) на певний термін на основі угоди за визначену плату»⁹⁴.

Що стосується нормативного визначення дефініції «франчайзинг», то наразі у чинних нормативних актах воно відсутнє. Лише у проекті Закону «Про франчайзинг» визначалось поняття франчайзингу, а також правові та економічні засади його здійснення. Так, під франчайзингом пропонувалось розуміти підприємницьку діяльність, за якою на договірній основі одна сторона (правоволоділець) зобов'язується передати іншій стороні (користувачеві) за винагороду на визначений строк до трьох років комплекс виключних прав на використання (з обов'язковою поміткою «на умовах франчайзингу») знаку для товарів і послуг, фірмового найменування, послуг, технологічного процесу і (або) спеціалізованого обладнання, комерційної інформації, що охороняється законом, а також інших передбачених договором об'єктів виключних прав⁹⁵.

До недоліків вказаного законопроекту, які, власне, і стали підставами для його повернення на доопрацювання, Г.В. Цірат вважає те, що розробники проекту застосували у ньому майже всю термінологію глави 76 «Комерційна концесія» Цивільного кодексу, тобто майже всі не зовсім вдалі визначення та дефініції. Зокрема, це стосується встановлення трирічного строку дії договору франчайзингу, що, на думку Г.В. Цірат, є вкрай не вигідним для франчайзі. Це пояснюється тим, що для приведення власної торговельної точки у відповідність до торговельної точки франчайзера франчайзі вкладає

⁹⁴ Житар М., Ленкевич О. Франчайзинг як форма ведення бізнесу в Україні. *БІЗНЕС-ІНФОРМ*. № 9. 2019. С. 293-298. URL: https://www.business-inform.net/export_pdf/business-inform-2019-9_0-pages-293_298.pdf

⁹⁵ Про франчайзинг: проект Закону № 7430 від 21.12.2017 року. URL: http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=63201

достатньо великий розмір інвестицій, який він фактично втрачає через три роки (строк дії договору у відповідності до проекту), адже зобов'язаний після закінчення строку дії договору ліквідувати таку відповідність торговельних точок, повторно вкладаючи в це значні кошти. Окрім цього проект передбачає подвійну реєстрацію договорів франчайзингу в органі реєстрації суб'єктів підприємницької діяльності та в Укрпатенті («Український інститут інтелектуальної власності» – Національний орган інтелектуальної власності)⁹⁶.

Також Г.В. Цірат вказує на цілу низку недоліків вказаного законопроекту, наслідком наявності яких стало направлення його на доопрацювання, яке, на жаль, наразі ще не відбулося.

Зважаючи на досліджені думки вчених та визначення, що міститься у проекті Закону, слід погодитись з думкою про те, що франчайзинг можна визначити як вид договірних відносин, в яких одна сторона (франчайзер) передає іншій стороні (франчайзі) за плату на певний строк право користування належною йому бізнес-моделлю (у тому числі товарним знаком, комерційним найменуванням, ноу-хау, способом ведення бізнесу, методами управління бізнесом, способом виготовлення продукції тощо) з метою просування та збуту товарів і послуг франчайзера із залученням фінансових ресурсів франчайзі⁹⁷.

Договори франчайзингу, які і будь які інші договори, можна класифікувати на види за певними критеріями. Сьогодні однотайність думок серед вчених щодо цих критеріїв відсутня.

Розглянемо найбільш поширені з них.

⁹⁶Цірат Г.В. Чи бути спеціальному закону про франчайзинг в Україні? *Юридична газета*. 2018. № 8 (620). URL: <https://yur-gazeta.com/publications/practice/civilne-pravo/chi-buti-specialnomu-zakonu-pro-franchayzing-v-ukrayini.html>

⁹⁷Особливості франчайзингу по-українськи: на що слід звернути увагу. URL: https://ua.prostopravo.com.ua/prava_biznesu/dogovirni_vidnosini/statti/osoblivosti_franchayzingu_po_ukrayinski_na_scho_slid_zvernuti_uvagu

За критерієм правового режиму використання об'єктів права інтелектуальної власності Цират Г.В. поділяє франшизи на звичайну, виключну та одноособову⁹⁸. На підставі виключної франшизи франчайзі отримує виключне право на її експлуатацію на певній території. За одноособною франшизою не лише франчайзі, але і франчайзер має право експлуатації франшизи на певній території, наданій франчайзі⁹⁹. Саме наявність різного роду франшиз обумовило виникнення різних видів (типів) договорів франчайзингу.

Ю.С. Паніна вказує, що за критерієм виду діяльності франчайзі можна виділити договори виробничого франчайзингу, договори торгівельного франчайзингу та договори франчайзингу у сфері послуг¹⁰⁰.

За договором виробничого франчайзингу «франчайзер, як власник запатентованої технології виробництва продукції, передає право, а франчайзі отримує таке ексклюзивне право, обмежене конкретною територією, шляхом придбання франшизи на виробництво та збут продукції під товарним знаком франчайзера з використанням фірмових компонентів сировини, матеріалів та / або технологій, що поставляються франчайзером»¹⁰¹. Тобто обидва контрагенти у такому договорі франчайзингу є виробниками продукції, а предметом договору виступає право на використання запатентованої технології виробництва.

Однак такий вид франчайзингу є доволі непопулярним, що пояснюється, як правило, відсутністю коштів у франчайзі для придбання устаткування, необхідного для роботи за франчайзинговим договором¹⁰². У

⁹⁸ Цират Г. Франчайзинг и франчайзинговый договор : учеб.-практ. Пособие. Киев : Истина, 2002. 240 с. С. 126.

⁹⁹ Цират Г. Франчайзинг и франчайзинговый договор : учеб.-практ. Пособие. Киев : Истина, 2002. 240 с. С. 126.

¹⁰⁰ Паніна Ю.С. Правове регулювання договору франчайзингу в Європейському Союзі та Україні. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03. Ужгород, 2017. 264 с. URL: <https://dspace.uzhnu.edu.ua/jspui/bitstream/lib/152/1>.

¹⁰¹ Колесников В. Построение франчайзингового бизнеса: курс для правообладателей и пользователей франшиз. Спб.: Питер, 2008. 288 с. С. 59.

¹⁰² Семененко І. М. Використання франчайзингу в діяльності промислових підприємств. *Бізнесінформ*. 2012. № 7. С. 102-104.

той же час у світі відомі досить багато брендів, які створили розгалужену систему та працюють саме за договорами виробничого франчайзингу. Це такі всесвітньо відомі бренди, як «Coca-cola», «Pepsi», «Mars», «Nestle», «Danone», «Henco», «J & J», «Procter & Gamble» та інші.

За договором торгівельного (дистриб'юторського або збутового) франчайзингу франчайзі продає вже готові товари кінцевому споживачу, вироблені франчайзером під зареєстрованим позначенням для відповідного товару. При цьому франчайзі в процесі виробництва жодної участі не бере.

Товарна франшиза передбачає придбання у франчайзера права на продаж товарів разом із правом на використання відповідної торговельної марки чи іншого позначення франчайзера для продажу його товарів. Тож франчайзі перепродає товари під комерційним іменем франчайзера і відмовляється від продажу товарів конкурентів франчайзера. Частіше за все цей вид франшизи передбачає право на продаж одного виду товарів¹⁰³.

За договорами франчайзингу у сфері надання послуг (сервісними договорами франчайзингу) франчайзі отримує право надавати певний вид послуг із використанням торговельної марки чи іншого позначення франчайзера та відповідно до його технології. Основною метою діяльності за договором сервісного франчайзингу є високий рівень обслуговування споживачів. Такі договори досить часто передбачають наявність ознак товарних та виробничих договорів франчайзингу, наприклад, «франчайзер передає певну технологію надання послуг, право на використання знака для послуг, а також може зобов'язати франчайзі закуповувати в нього сировину та інші витратні матеріали»¹⁰⁴. Вказаний вид договорів франчайзингу, як вказує Ю.С. Паніна, стають найбільш поширеними. Це підтверджується також тим, що більшість видів договорів франчайзингу, що ввійшла у 2010

¹⁰³ Мхитарян А. К. Франчайзинг: мировой опыт и его внедрение в России. СКФ МГЭИ. Минеральные Воды. 2011. 123 с.

¹⁰⁴ Шахова М. С. Классификация франшиз на российском рынке. *Научные исследования экономического факультета. Электронный журнал экономического факультета МГУ имени М.В. Ломоносова*. 2009. № 2. С. 69–79. С. 75.

році до Каталогу франшиз, доступних у Великобританії, належить до договорів сервісного франчайзингу (зокрема, у сфері надання комерційних послуг, у сфері надання домашніх, особистих послуг, послуг в сфері охорони здоров'я та фітнесу, догляду за домашніми тваринами, у сфері надання послуг агентів з нерухомості, іпотечних брокерів, у сфері кур'єрських послуг тощо). На другому місці за поширенням знаходяться договори товарного франчайзингу та найменш популярними є договори виробничого франчайзингу¹⁰⁵.

В свою чергу, О.В. Гладка, підтримуючи думку про те, що договори франчайзингу у сфері послуг отримали наразі найбільше поширення, пропонує у якості критерію класифікації франчайзингових договорів об'єкт інтелектуальної власності, який переважає у франшизі. За вказаним критерієм дослідниця пропонує виділяти «брендовий франчайзинг (якщо у складі франшизи домінують зобов'язання передачі засобів індивідуалізації учасників господарського обороту) та інноваційний франчайзинг (якщо у франшизі домінуючу складову отримує саме інноваційний продукт, що опосередковує відносини передачі та запровадження у виробництво технологій)»¹⁰⁶.

Майже ідентична термінологія застосовується вченими, які у якості критерію класифікації договорів франчайзингу використовують у своїх дослідженнях зміст франшизи або вид здійснюваної діяльності¹⁰⁷. Вони виділяють наступні види франчайзингу: торговий (товарний), виробничий та франчайзинг бізнесформату (діловий).

¹⁰⁵ Паніна Ю.С. Правове регулювання договору франчайзингу в Європейському Союзі та Україні. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03. Ужгород, 2017. 264 с. С. 71.

¹⁰⁶ Гладка О.В. Комерційна концесія як форма інноваційного інвестування. : дис. ... канд. юр. наук : 12.00.04. Харків, 2015. 188 с. С. 97. URL: http://nauka.nlu.edu.ua/download/diss/Gladka/d_Gladka.pdf

¹⁰⁷ Чернюк Ю. В., Воронкова Т. Є. Франчайзинг як засіб антикризового управління. Економічні проблеми сталого розвитку: матеріали доповідей Міжнародної науково-практичної конференції, присвяченої 20-річчю наукової діяльності факультету економіки та менеджменту СумДУ (м. Суми, 3 8 т. / за заг. ред. О. В. Прокопенко. Суми: Сумський державний університет, 2012. Т. 2. С. 171–172. URL: <http://essuir.sumdu.edu.ua/bitstream/123456789/25681/1/516524.pdf>,
Момот Л. В. Розвиток франчайзингу в Україні. *Наукові праці НУХТ*. 2014. Т. 20. № 5. С. 81–86.

Останній вид договору франчайзингу передбачає передачу франчайзером прав на використання знаків для товарів і послуг, на ведення діяльності франчайзі відповідно до ринкової стратегії франчайзера, з його правилами планування та організації управління, з дотриманням усіх вимог щодо ведення бізнесу. За договором франчайзингу бізнес-формату франчайзі отримує стандарти технології ведення бізнесу, іноді включаючи навіть оформлення приміщення, освітлення, розміщення меблів, зовнішній вигляд найманих працівників, систему співпраці з постачальниками, цінову та рекламну політику та інші параметри. Франчайзі ж, при цьому сплачує франчайзеру постійні внески.

Однак, на думку Ю.С. Паніної, такий вид франчайзингу виділяється з числа інших договорів за іншим, ніж вид здійснюваної діяльності, критерієм. Таким критерієм є критерій наявності або відсутності в умовах договору франчайзингу положення про передачу права на використання комплексної системи організації бізнесу, розробленої франчайзером. Якщо в договорі не міститься вказаної умови, то такі договори франчайзингу називаються традиційними, а якщо така умова входить до змісту договору, то це й буде договір франчайзингу бізнес-формату, тобто комплексний договір франчайзингу¹⁰⁸. Франчайзинг бізнес-формату може бути як товарним, так і виробничим або сервісним.

О.В. Гладка пропонує поділяти договори франчайзингу бізнес-формату в залежності від обсягу первісного капіталу на такі види: франшиза-робота або робоча франшиза, комерційна франшиза (менеджмент-франшиза), франшиза з продажу, інвестиційна франшиза¹⁰⁹.

Сутність робочої франшизи полягає в тому, що франчайзі за таким договором отримує робоче місце та здійснює продаж товарів або надання

¹⁰⁸ Паніна Ю.С. Правове регулювання договору франчайзингу в Європейському Союзі та Україні. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03. Ужгород, 2017. 264 с. С. 73.

¹⁰⁹ Гладка О.В. Комерційна концесія як форма інноваційного інвестування. : дис. ... канд. юр. наук : 12.00.04. Харків, 2015. 188 с. С. 80-81. URL: http://nauka.nlu.edu.ua/download/diss/Gladka/d_Gladka.pdf

послуг, часто з використанням власного транспорту. Прикладом такої франшизи може бути робота водопровідника або дрібний ремонт автомобілів. Перевагою даного виду франшизи є те, що така діяльність не потребує значних витрат та, як правило, може здійснюватись без створення спеціального робочого місця.

Сутність комерційної франшизи полягає в наданні послуг іншими фірмам і передбачає активність business-to-business. Прикладом даної франшизи є послуги з набору персоналу або підготовка секретарів. У даному випадку вимагається наявність робочих приміщень, певного персоналу, що вимагає певних інвестицій у франшизу.

За допомогою укладення договору франчайзингу з продажу та співпраці з франчайзером франчайзі отримує допомогу франчайзера в обладнанні торговельних точок для подальшої торгівлі, а також можливість використовувати зареєстровану торговельну марку та ділову репутацію франчайзера.

Головною метою інвестиційної франшизи є відшкодування первісної суми інвестицій. За умовами інвестиційної франшизи власник франшизи купує систему ведення бізнесу, управління яким передає третій особі¹¹⁰.

В залежності від національної приналежності контрагентів у договорах франчайзингу, останні поділяються на міжнародні та внутрішні. Міжнародні договори франчайзингу укладаються між суб'єктами, що є резидентами різних держав, а внутрішні – між суб'єктами-резидентами однієї держави.

За характером діяльності, яка є предметом франчайзингових відносин, О.В. Гладка виділяє освітній, медичний, екологічний, туристичний франчайзинг та інші види¹¹¹.

¹¹⁰ Гладка О.В. Комерційна концесія як форма інноваційного інвестування. : дис. ... канд. юр. наук : 12.00.04. Харків, 2015. 188 с. С. 81. URL: http://nauka.nlu.edu.ua/download/diss/Gladka/d_Gladka.pdf

¹¹¹ Там само. С.88

Як вказує дослідниця, «освітній франчайзинг являє собою об'єднання діяльності навчальних закладів з метою вироблення пропозицій, надання послуг і поширення освітніх та супутніх їм послуг і продуктів на ринок. За договором освітнього франчайзингу правовласником є навчальний заклад, що здійснює адміністративне, навчально-методичне, інформаційне, технічне та правове регулювання освітніх структур; користувачами - самостійні заклади, що уклали договір франчайзингу. Основною умовою договору франчайзингу є гарантія якості освітніх послуг». При цьому освітній франчайзинг може бути франчайзингом тільки бізнес-формату, який передбачає передачу не лише товарного знака, але і технологій організації навчального процесу та ведення бізнесу, що апробовані франчайзером»¹¹².

Медичний франчайзинг – це система взаємозв'язків між великою медичною компанією та суб'єктами господарювання, що пропонують медичні послуги і товари на певній території. Сутність договору франчайзингу у цій сфері полягає в тому, що компанія-франчайзер, яка зарекомендувала себе з позитивної сторони у сфері надання медичних послуг, укладає договір з франчайзі, за яким останній отримує медичну франшизу, яка являє собою пакет певних прав, у т.ч. і прав інтелектуальної власності на товарний знак, фірмове найменування, зразки товарів і стандарти послуг, медичні технології та комерційну таємницю¹¹³.

За договором екологічного франчайзингу франчайзер передає франчайзі можливість використання у виробництві екологічно чистих технологій виробництва, здатних зберегти навколишнє природне середовище від впливу негативних факторів. Метою укладення такого виду договору франчайзингу є попередження та усунення негативних наслідків впливу на навколишнє середовище, а також просування новітніх технологій захисту довкілля від впливу негативних факторів. Як стверджує О.В. Гладка, «наразі

¹¹² Гладка О.В. Комерційна концесія як форма інноваційного інвестування. : дис. ... канд. юр. наук : 12.00.04. Харків, 2015. 188 с. С. 88. URL: http://nauka.nlu.edu.ua/download/diss/Gladka/d_Gladka.pdf

¹¹³ Там само. С. 89.

екологічний франчайзинг існує лише на теоретичному рівні, однак цей вид франчайзингу є не менш важливим видом ринкових відносин в умовах несприятливого екологічного стану навколишнього природного середовища, що сформувався на сьогодні в Україні»¹¹⁴.

Наступним критерієм поділу договорів франчайзингу на види є метод поширення франшизи. За цим критерієм договори франчайзингу поділяються на договори прямого франчайзингу, майстер-франчайзингу та гібридного (комбінованого) франчайзингу¹¹⁵.

Договір прямого франчайзингу характеризується відсутністю будь-якого посередника між франчайзером та франчайзі.

У свою чергу, договори прямого франчайзингу можуть бути таких видів: договори одиничного франчайзингу, договори множинного франчайзингу, договори конверсійного франчайзингу¹¹⁶. На такий самий поділ договорів простого франчайзингу вказує і Гладка О.В.¹¹⁷.

За договором одиничного франчайзингу франчайзер передає франчайзі право на відкриття одиничної франчайзингової точки та управління нею, де він вироблятиме/продаватиме товари чи надаватиме послуги під торговельною маркою чи іншим позначенням франчайзера.

Договір множинного або багатоелементного франчайзингу передбачає право франчайзі мати дві й більше точки в одній франчайзинговій мережі. Українські вчені, зокрема, Г. В. Цірат, В. С. Дмитришин, називають

¹¹⁴ Там само. С. 90.

¹¹⁵ Паніна Ю.С. Правове регулювання договору франчайзингу в Європейському Союзі та Україні. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03. Ужгород, 2017. 264 с. С. 90.

¹¹⁶ Паніна Ю.С. Правове регулювання договору франчайзингу в Європейському Союзі та Україні. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03. Ужгород, 2017. 264 с. С. 90.

¹¹⁷ Гладка О.В. Комерційна концесія як форма інноваційного інвестування. : дис. ... канд. юр. наук : 12.00.04. Харків, 2015. 188 с. С. 82. URL: http://nauka.nlu.edu.ua/download/diss/Gladka/d_Gladka.pdf

відносини, які передбачають право франчайзії відкривати більше одного підприємства, територіальною франшизою¹¹⁸.

Договори множинного (багатоелементного) франчайзингу поділяються на договори франчайзингу розвитку території та договори послідовного франчайзингу¹¹⁹.

За договором франчайзингу розвитку території франчайзі отримує право, яке у той же час є і його обов'язком, відкрити певну кількість франчайзингових точок на визначеній території протягом встановленого строку¹²⁰. При цьому питання щодо мінімальної кількості таких точок визначається в умовах договору, які є обов'язковими для франчайзі, а щодо розташування таких точок в межах території, визначеної договором, вирішується самім франчайзі¹²¹.

За договором послідовного багатоелементного франчайзингу франчайзі отримує право відкривати новий підрозділ на додаток до існуючого. Тобто за вказаним договором франчайзі у межах та у строки, встановлені договором, послідовно відкриває торгові точки для здійснення діяльності під торговельною маркою чи комерційним найменуванням франчайзера. Кожна з таких торгових точок стає елементом франчайзингової мережі.

При цьому слід погодитись з думкою Ю.С. Паніної, яка визначає, що «договори послідовного франчайзингу доцільно укладати у формі основного договору, у якому визначатимуться всі істотні умови, та окремих додатків до такого договору щодо кожної відкритої франчайзі нової точки, яка приєднується до франчайзингової мережі»¹²².

¹¹⁸ Цірат Г. В. Договори франчайзингу: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03. К., 2003. 208 с. С. 115, Дмитришин В. С. Міжнародний досвід правового регулювання відносин у сфері франчайзингу. *Часопис цивілістики*. 2012. № 13. С. 90-94.

¹¹⁹ Паніна Ю.С. Правове регулювання договору франчайзингу в Європейському Союзі та Україні. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03. Ужгород, 2017. 264 с. С. 90.

¹²⁰ Там само. С. 91.

¹²¹ Паніна Ю.С. Правове регулювання договору франчайзингу в Європейському Союзі та Україні. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03. Ужгород, 2017. 264 с.

¹²² Там само. С. 79.

Третій вид договорів прямого франчайзингу – конверсійний франчайзинг відрізняється від інших тим, що на підставі цього договору відбувається приєднання до франчайзера незалежного суб'єкта підприємницької діяльності, за умови, що приєднаний суб'єкт погоджується в подальшому здійснювати свою діяльність у рамках моделі франчайзера¹²³. Тобто шляхом укладення договору конверсійного франчайзингу відбувається поглинання підприємством-франчайзером майбутнього франчайзі, який, погоджуючись на умови франчайзера, продовжує функціонувати в тій же галузі, але вже під торговельною маркою чи іншим позначенням франчайзера. Перевагами такого різновиду договору франчайзингу є відсутність додаткових витрат на відкриття франчайзингової точки та витрат на рекламу, адже певне коло споживачів уже проінформоване про попередню діяльність суб'єкта, який приєднався до франчайзера¹²⁴.

Договір майстер-франчайзингу – це «угода, за якою франчайзер надає іншій особі, субфранчайзеру (майстер-франчайзі) право (зазвичай виключне право) передавати франшизу в користування субфранчайзі в межах певної території (наприклад, держави) та / або право самостійно відкривати франчайзингові торгові точки». Тобто субфранчайзер за таким договором отримує не лише право на відкриття власних франчайзингових торгових точок, а й право на укладення договорів франчайзингу з субфранчайзі на визначеній території¹²⁵. При цьому головна мета субфранчайзера не скористатись правом на відкриття власних торгових точок, а все ж таки створення та наступне управління розгалуженою мережею кінцевих франчайзі на певній території. Відносини, що виникають з такого договору, є дворівневими: на першому рівні це відносини між франчайзером та субфранчайзером (ці договори зазвичай укладаються на міжнародному рівні,

¹²³ Kerkovic T. M. The Main Directions in Comparative Franchising Regulation – Unidroit Initiative and its Influence. European Research Studies. Volume XIII, Issue (1), 2010. P. 103-118.

¹²⁴ Паніна Ю.С. Правове регулювання договору франчайзингу в Європейському Союзі та Україні. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03. Ужгород, 2017. 264 с.

¹²⁵ Там само. С. 83.

а їх метою є охоплення франчайзером іноземного ринку збуту для своїх товарів та послуг), на другому рівні це відносини між субфранчайзером і субфранчайзі (ці договори укладаються на внутрішньодержавному рівні).

Як і в будь-якому іншому субдоговорі, за виконання субфранчайзі умов договору та функціонування франчайзингової мережі на визначеній території відповідальність перед франчайзером несе субфранчайзер. Як зазначає Ю.С. Паніна, «у вітчизняній правовій науці комплекс прав, які передаються за договором майстер-франчайзингу, дослідники називають генеральною франшизою, хоча цей термін у міжнародній комерційній практиці не застосовується»¹²⁶.

Гібридний договір франчайзингу поєднує в собі елементи декількох різновидів франчайзингу, наприклад, договору майстер-франчайзингу та прямого франчайзингу.

Таким чином, проведене вище дослідження існуючих класифікацій франчайзингових договорів дозволяє зробити висновок про те, що франчайзингові договори є дуже різноманітними за своїм змістом. Саме тому наразі в науковій літературі не вироблено єдиних критеріїв та підходів до поділу на види вказаних договорів.

Наразі договір франчайзингу в Україні регулюється нормами глави 76 Цивільного кодексу та глави 36 Господарського кодексу України, однак в жодному з них не застосовується термін «франчайзинг». Лише, як було вже вказано вище, 21.12.2017 до Верховної Ради України був внесений проект Закону про франчайзинг, який наразі так і не набув статусу нормативного акту. Для позначення даного виду підприємницької практики у вказаних нормативних актах застосовується поняття комерційної концесії, тобто ці дві дефініції – «франчайзинг» та «комерційна концесія» – у національному законодавстві та у правозастосовній практиці України ототожнюються.

¹²⁶ Там само. С. 84.

Наразі у науковій літературі відсутня єдина думка з приводу співвідношення цих двох договорів. Так, як вказує Ю.С. Паніна, «І. Рикова, Я. О. Сидоров та ряд інших дослідників вважають, що комерційна концесія є вужчим поняттям, ніж франчайзинг, і може відобразити його лише частково, а З. Опейда, А. Афян, О. Новосельцев – що ці поняття є тотожними»¹²⁷. Г.В. Цірат, взагалі називає ці договори «одним і тим самим явищем»¹²⁸. Існує також думка, що франчайзинг є різновидом ліцензійної угоди. Так, Ф. Котлер визначає франчайзинг як найпоширенішу форму ліцензування¹²⁹.

Ю. Паніна вважає, що твердження про те, що «комерційна концесія є вужчим поняттям, ніж франчайзинг» є вірним лише для тих країн, де ці два договори визначені окремо на законодавчому рівні¹³⁰. Це, зокрема, Бельгія, Франція, де комерційна концесія ототожнюється з дистриб'юторськими угодами. Дистриб'юторські угоди дійсно є вужчими, адже за договором франчайзингу передається більший обсяг прав. На думку дослідниці, в Україні «зміст комерційної концесії цілком відповідає змісту франчайзингу»¹³¹. Вказане твердження про ідентичність термінів «договір франчайзингу» та «договір комерційної концесії» підтверджується у Листі Державного комітету України з питань регуляторної політики та підприємництва (нині – Державна регуляторна служба України) від 11.02.2004 № 76: «що стосується договору франчайзингу та обсягу правовідносин, які врегульовані цим договором, зауважимо, що Цивільним

¹²⁷ Паніна Ю.С. Правове регулювання договору франчайзингу в Європейському Союзі та Україні. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03. Ужгород, 2017. 264 с.

¹²⁸ Цірат Г.В. Чи бути спеціальному закону про франчайзинг в Україні? *Юридична газета*. 2018. № 8 (620). URL: <https://yur-gazeta.com/publications/practice/civilne-pravo/chi-buti-specialnomu-zakonu-pro-franchayzing-v-ukrayini.html>

¹²⁹ Цеслів А. С. Комерційна концесія та суміжні договори: порівняльний аспект. *Бізнес Інформ*. 2013. № 6. С. 351–355.

¹³⁰ Паніна Ю.С. Правове регулювання договору франчайзингу в Європейському Союзі та Україні. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03. Ужгород, 2017. 264 с.

¹³¹ Там само. С. 156.

кодексом України це коло правовідносин отримало назву комерційна концесія, а договір – договір комерційної концесії»¹³².

Таким чином, з боку науковців немає єдиної точки зору щодо співвідношення цих двох понять, але на законодавчому рівні визначено, що вони є тотожними за змістом.

Вказане дозволяє зробити висновок про необхідність дослідження спільних рис та відмінностей між вказаними договорами.

Визначення договору комерційної концесії закріплено у Цивільному та Господарському кодексах. Так, відповідно до ст. 1115 ЦК України, за договором комерційної концесії одна сторона (правоволоділець) зобов'язується надати другій стороні (користувачеві) за плату право користування відповідно до її вимог комплексом належних цій стороні прав з метою виготовлення та (або) продажу певного виду товару та (або) надання послуг¹³³. Згідно ч. 1 ст. 366 ГК України, за договором комерційної концесії одна сторона (правоволоділець) зобов'язується надати другій стороні (користувачеві) на строк або без визначення строку право використання в підприємницькій діяльності користувача комплексу прав, належних правоволодільцеві, а користувач зобов'язується дотримуватися умов використання наданих йому прав та сплатити правоволодільцеві обумовлену договором винагороду¹³⁴.

Визначення ж договору франчайзингу в українському законодавстві існує лише у ст. 3 проекту Закону «Про франчайзинг», в якій зазначається, що за договором франчайзингу одна сторона (правоволоділець) зобов'язується передати іншій стороні (користувачеві) за винагороду на строк або без такого право використання в господарській діяльності користувача

¹³² Щодо договору комерційної концесії : Лист Державного комітету України з питань регуляторної політики та підприємництва від 11.02.2004 № 761. URL: http://search.ligazakon.ua/l_doc2.nsf/link1/DP1113.html

¹³³ Цивільний кодекс України від 16.01.2003 р. (в редакції від 28.10.2021). URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/435-15#Text>

¹³⁴ Господарський кодекс України від 16.01.2003 р. (в редакції від 06.10.2021). URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/436-15#Text>

комплексу виключних прав, зокрема, знаку для товарів і послуг, фірмового найменування, послуг, технологічного процесу і (або) спеціалізованого обладнання, комерційної інформації, що охороняється законом, а також інших передбачених договором об'єктів виключних прав, що належать правоволодільцю¹³⁵.

Дослідивши норми, що регулюють договір комерційної концесії, норми проекту Закону про франчайзинг та наукові дослідження договору франчайзингу, можна виокремити як спільні риси, так і відмінності у вказаних договорах.

Так, і за договором франчайзингу, і за договором комерційної концесії передбачена процедура передання користувачеві прав на використання у власній підприємницькій діяльності об'єктів інтелектуальної власності (фірмового найменування, знаку для товарів і послуг, технологічного процесу і (або) спеціалізованого обладнання, комерційної інформації, що охороняється законом тощо). Це, наприклад, вказано у ст. 3 Проекту Закону. Подібна інформація міститься у ст. 1115 ЦК та ст. 366 ГК України, які також передбачають передачу на підставі договору комерційної концесії комплексу прав, що належать правоволодільцеві, для використання в підприємницькій діяльності користувача обумовленим у договорі способом. Стаття 1116 ЦК України визначає предмет договору комерційної концесії, яким є право на використання об'єктів права інтелектуальної власності, комерційного досвіду та ділової репутації.

Також і для договору франчайзингу, і для договору комерційної концесії є характерним надання правоволодільцем (франчайзером) постійної технічної та консультативної допомоги користувачеві з метою забезпечення необхідної якості виробництва товарів, виконання робіт або надання послуг. На це вказує ст. 6 Проекту закону. Також ст. 1120 ЦК та ст. 370 ГК України передбачають обов'язок правоволодільця, якщо інше не передбачено

¹³⁵ Про франчайзинг: проект Закону № 7430 від 21.12.2017 року. URL: http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=63201

договором комерційної концесії, надавати користувачеві постійне технічне та консультативне сприяння, зокрема, сприяння у навчанні та підвищенні кваліфікації працівників.

Обидва досліджувані договори містять умову про здійснення правоволодільцем контролю за діяльністю користувача, що пов'язана з використанням наданих йому за договором прав, з метою збереження ділової репутації правоволодільця. Вказане правило міститься у ст. 6 та 7 проекту закону про франчайзинг. Подібне правило міститься і у Цивільному та Господарському кодексах. Так, ст. 1120 ЦК та ст. 370 ГК України передбачають зобов'язання правоволодільця, контролювати якість товарів (робіт, послуг), що виробляються (виконуються, надаються) користувачем на підставі договору комерційної концесії. Також ст. 1121 ЦК і ст. 371 ГК України передбачають обов'язок користувача дотримуватися інструкцій та вказівок правоволодільця, спрямованих на забезпечення відповідності характеру, способів та умов використання комплексу наданих прав.

Останньою, але не менш важливою, спільною рисою досліджуваних договорів є наявність умови про винагороду, що сплачує користувач правоволодільцеві за можливість використання наданих прав. Вказана умова закріплена у ст. 1115 ЦК та ст. 366 ГК України.

Що стосується відмінностей між договором франчайзингу та договором комерційної концесії, то низка вчених вважає, що договір франчайзингу має більш широку сферу застосування. Так, В.Ф. Піддубна вказує, що договір франчайзингу є ширшим за обсягом, ніж договір комерційної концесії, при цьому вчена вважає, що «основною метою договору франчайзингу є не просто передача «комплексу прав» від правовласника до користувача, а контроль та надання допомоги користувачу під час збуту товарів»¹³⁶. На відміну від цього комерційна концесія не

¹³⁶ Піддубна В.Ф. Щодо питання правової природи договору комерційної концесії (франчайзингу). Науковий вісник Ужгородського національного університету. 2017. Серія ПРАВО. Випуск 47. Том 1. С. 152-154. URL: <https://dspace.uzhnu.edu.ua/jspui/bitstream/lib/34604/1>.

передбачає такого співробітництва між сторонами договору. Суть такої угоди полягає лише у передачі прав. В подальшому користувач діє самостійно, але з дотриманням умов правовласника¹³⁷.

В.С. Дмитришин також вважає, що договір франчайзингу має більш широку сферу застосування, ніж договір комерційної концесії, а також доводить, що «за договором франчайзингу надається більш широкий у порівнянні з комерційною концесією обсяг прав, тому що, крім виключного права на продаж товарів, наданих виробником товару, він передбачає надання прав на об'єкти інтелектуальної власності, правовласником якого він є»¹³⁸.

Т. В. Бачинський також зазначає, що франчайзинг та комерційна концесія є різними поняттями. Комерційна концесія, за словами дослідника, «це насамперед відносини купівлі-продажу товарів, які можуть передбачати також використання окремих виключних прав виробника або постачальника з подальшою передачею товарів»¹³⁹.

У якості відмінностей між договорами франчайзингу та комерційної концесії у науковій літературі називають також різницю між платежами, які повинен здійснити франчайзі за договором франчайзингу, та платежами користувача у договорі комерційної концесії. Як стверджують деякі вчені, платежі за договором франчайзингу набагато більші, ніж платежі за договором комерційної концесії, «оскільки для отримання франшизи та подальшої діяльності на її основі користувач має сплатити комісійні за отримання франшизи, періодичні платежі (роялті), платежі для ведення маркетингу, оформлення юридичної документації, підготовки персоналу та

¹³⁷ Маланчук Т.В., Віткова О.С. Щодо співвідношення понять «франчайзинг» та «комерційна концесія» в законодавстві України. *Young Scientist*. № 11 (51). November, 2017 С. 931. URL: <http://molodyvcheny.in.ua/files/journal/2017/11/225.pdf>

¹³⁸ Дмитришин В.С. Договір комерційної концесії та договір франчайзингу. Співвідношення понять та правової природи. URL.: [Kul.kiev.ua/images/chasop/2010_3/199.pdf](http://kul.kiev.ua/images/chasop/2010_3/199.pdf)

¹³⁹ Бачинський Т. В. До питання про договір комерційної концесії (франчайзингу) та деякі новели його реєстрації. URL.: http://science2016.lp.edu.ua/sites/default/files/Full_text_of_%20papers/vnulpurn_2014_810_39.pdf

інші постійні витрати»¹⁴⁰. В свою чергу, договір комерційної концесії передбачає лише винагороду правовласнику за отримання права користуватися його правами.

Наступною відмінністю є те, що договір франчайзингу укладається на певний, достатньо тривалий строк для того, щоб дати змогу франчайзі повернути всі, зроблені їм витрати. Щодо договору комерційної концесії, то ст. 1115 Цивільного кодексу взагалі не встановлює умову щодо строку договору, тобто він може укладатись як на визначений строк, так і без вказівки на строк.

Також у якості відмінності у науковій літературі зазначається, що «договір франчайзингу передбачає велику кількість умов, які мають бути обов'язково вказані в договорі, оскільки вся діяльність має бути чітко регламентованою»¹⁴¹. Що стосується договору комерційної концесії, то у якості обов'язкових умов у нормах чинного законодавства закріплені лише предмет договору та оплата за право користування комплексом належних правоволодільцеві прав. Всі інші умови повинні бути зазначені в договорі.

Таким чином, дослідивши спільні риси та відмінності досліджуваних договорів, можна зробити висновок про те, що договір комерційної концесії та договір франчайзингу не є повністю тотожними за своїми ознаками. Однак можна погодитись з думкою про те, що зміст дефініції «комерційна концесія», що міститься в чинному законодавстві України, в цілому відповідає змісту дефініції «франчайзинг», яка використовується у міжнародній практиці¹⁴².

У той же час одночасне застосування цих двох дефініцій може привести до труднощів та колізій під час реалізації євроінтеграційної

¹⁴⁰ Маланчук Т.В., Віткова О.С. Щодо співвідношення понять «франчайзинг» та «комерційна концесія» в законодавстві України. *Young Scientist*. № 11 (51). November, 2017 С. 931. URL: <http://molodyvcheny.in.ua/files/journal/2017/11/225.pdf>

¹⁴¹ Там само.

¹⁴² Франчайзинг чи комерційна концесія? URL: <https://franchising.ua/franchayzing/46/franchayzing-kommerciyna-koncesiya/>

політики нашої держави та гармонізації вітчизняного законодавства з законодавством ЄС.

Особливо гостро при цьому стоїть проблема використання різної термінології при укладенні вказаних договорів. Адже застосування дефініції «комерційна концесія» викликає певні складнощі при розумінні у іноземних інвесторів, що мають бажання укласти договір франчайзингу з українськими контрагентами. Зокрема, використання різної термінології та відмінності в тлумаченні змісту вказаних правових категорій може стати причиною негативних наслідків, зниження ефективності діяльності та фінансових збитків при укладенні міжнародних торгових договорів.

Такої думки дотримуються Г. В. Колісникова та І. О. Сокольська, зазначаючи, що «вживання терміну «комерційна концесія» замість терміну «франчайзинг» не відповідає світовій практиці та створює непорозуміння у відносинах з іноземними контрагентами»¹⁴³.

Вказане підтверджує необхідність вироблення єдиної термінології у досліджуваній сфері, що сприятиме з'ясуванню сутності вказаних правових конструкцій, визначенню сфери їх застосування та зменшення негативних наслідків колізій між чинним національним законодавством та міжнародною правозастосовчою практикою.

Наступним кроком для характеристики договору франчайзингу є, на нашу думку, визначення його правової природи та надання юридичної характеристики. Зважаючи на викладене вище та зроблений висновок про те, що зміст дефініції «комерційна концесія», що міститься в чинному законодавстві України, в цілому відповідає змісту дефініції «франчайзинг», вважаємо за потрібне характеризуючи договір франчайзингу, аналізувати не лише наукову літературу, в якій досліджується договір франчайзингу, а й норми чинного законодавства, що регулюють договір комерційної концесії.

¹⁴³ Сокольська І. О., Колісникова Г. В. Договір комерційної концесії та сфера його застосування. Підсумки розвитку наукової думки: 2018: зб. наук. праць «ЛОГОС» з матеріали міжнародної науково-практичної конференції, м. Івано-Франківськ, 5 грудня 2018 р. Вінниця: ГО «Європейська наукова платформа», 2018. Т.1. С. 122.

Наразі серед науковців відсутній єдиний підхід щодо визначення правової природи договору франчайзингу. Існують дві точки зору з цього приводу. Згідно з першою точкою зору – франчайзинг є самостійною договірною конструкцією, а відповідно до другої – франчайзинг являє собою складний, комплексний договір, що включає в себе ознаки інших договорів, зокрема, ліцензійного договору, договору про надання послуг, договору купівлі-продажу, договору оренди та деяких інших договорів¹⁴⁴.

Незважаючи на наявність в договорі франчайзингу елементів та ознак інших договорів, вважаємо за необхідне підтримати думку про те, що він є самостійним видом договорів.

Суб'єктами договору франчайзингу є франчайзер та франчайзі, якими можуть бути юридичні та фізичні особи, які є суб'єктами підприємницької діяльності. Уповноваженою особою в договорі виступає, як правило, юридична особа-власник торговельної марки, а також ноу-хау, тобто інформації щодо промислового, комерційного або наукового досвіду, яка не була запатентована та не є загальновідомою, та може бути застосована у практичній діяльності суб'єкта господарювання та принести йому фінансову вигоду від такого застосування.

Чинне законодавство України щодо договорів комерційної концесії, а отже і франчайзингу, базується на такому ж визначенні сторін договору. Ними відповідно до ст. 1117 Цивільного кодексу виступають правоволоділець та користувач, якими можуть бути юридичні особи та фізичні особи, які є суб'єктами підприємницької діяльності. Тобто інші учасники цивільних правовідносин, зокрема, некомерційні організації і держава, не можуть бути учасниками договору.

Виходячи із вказаних визначень, можна зробити висновок, про те, що договір франчайзингу є двостороннім, взаємним та консенсуальним.

¹⁴⁴ Гладка О.В. Комерційна концесія як форма інноваційного інвестування. : дис. ... канд. юр. наук : 12.00.04. Харків, 2015. 188 с. С. 82. URL: http://nauka.nlu.edu.ua/download/diss/Gladka/d_Gladka.pdf

Що стосується форми договору, то у більшості країн світу для таких договорів обов'язковою є письмова форма. У деяких країнах (США, Японія, Греція) необхідна також державна реєстрація договору. У ст. 1118 Цивільного кодексу України також встановлено, що договір комерційної концесії (франчайзингу) повинен бути укладений у письмовій формі, а недотримання письмової форми тягне за собою його недійсність. У науковій літературі наразі пропонується запровадити нотаріальне посвідчення договорів франчайзингу, що дозволить забезпечити виконання сторонами договору всіх передбачених законодавством вимог. Адже, як вказує Ю.С. Паніна, «нотаріальне посвідчення договору дозволить зафіксувати дійсну волю франчайзера та франчайзі, міру усвідомлення ними їх прав та обов'язків за договором, перевірити відповідність франчайзера вимогам щодо строку його існування та ефективності діяльності, пересвідчитися в наявності франчайзера в Реєстрі франчайзерів, засвідчити отримання франчайзі у встановлений строк документа про переддоговірне розкриття інформації із додержанням встановлених вимог до такого документа. У той же час, нотаріус повинен перевірити і наявність документа про нерозголошення франчайзі певної інформації, яка стала відома йому під час співпраці з франчайзером»¹⁴⁵.

До істотних умов договору франчайзингу належать предмет договору, оплата за використання предмету договору. Предметом договору франчайзингу є надання права на використання франшизи. Під франшизою розуміється «весь комплекс прав, які стосуються торговельних марок, торговельних найменувань, торговельних символів, корисних моделей, зразків, авторських прав, ноу-хау або патентів, що підлягають використанню під час перепродажу товарів або надання послуг кінцевим споживачам» та

¹⁴⁵ Паніна Ю.С. Правове регулювання договору франчайзингу в Європейському Союзі та Україні. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03. Ужгород, 2017. 264 с.

які франчайзер передає франчайзі у користування на певний строк за певну винагороду¹⁴⁶.

І.І. Килимник вказує, що «предметом договору охоплюються істотні умови, специфічні саме для даного виду договору». До таких істотних умов науковець відносить такі умови: «про надання права на використання засобів індивідуалізації франчайзера (фірмове найменування, торговельні марки); про передачу конкурентноздатної системи організації й ведення бізнесу (комерційної таємниці); про сприяння франчайзі з боку франчайзера в організації й веденні справи; про контроль з боку франчайзера за якістю продукції франчайзі і за дотриманням стандартів франчайзера і розпоряджень, інструкцій; про мету договору франчайзингу»¹⁴⁷.

Таким чином, окрім передання вказаних прав, франчайзер повинен довести до франчайзі свої методи виробництва та збуту, передати власний досвід та знання у просуванні на ринок товарів та послуг, тобто ввести франчайзі у свою систему ділової активності, зробити його частиною свого бізнесу.

Що стосується визначення предмету договору у чинному законодавстві, то відповідно до ч. 1 ст. 1116 Цивільного кодексу України предметом договору комерційної концесії є право на використання об'єктів права інтелектуальної власності (торговельних марок, промислових зразків, винаходів, творів, комерційних таємниць тощо), комерційного досвіду та ділової репутації. Тобто предметом договору комерційної концесії можуть бути ті об'єкти інтелектуальної власності, суб'єкти яких мають виключне права дозволяти їх використання. До таких об'єктів, відповідно до положень Цивільного кодексу України (Глави 36-46), належать: літературні та художні твори, комп'ютерні програми, компіляції даних (баз даних) (п. 2 ч. 1 ст. 440

¹⁴⁶ Гладка О.В. Комерційна концесія як форма інноваційного інвестування. : дис. ... канд. юр. наук : 12.00.04. Харків, 2015. 188 с. С. 44. URL: http://nauka.nlu.edu.ua/download/diss/Gladka/d_Gladka.pdf

¹⁴⁷ Килимник І. І. Особливості правового регулювання договору комерційної концесії (франчайзингу) : автореферат дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.03. Х., 2003. 22 с.

ЦК України); виконання, фонограми, відеограми, передачі (програми) організацій мовлення (п. 2 ч. 1 ст. 452 ЦК України); винаходи, корисні моделі, промислові зразки (п. 2 ч. 1 ст. 464 ЦК України); компонування (топографії) інтегральних мікросхем (п. 2 ч. 1 ст. 474 ЦК України); сорти рослин, породи тварин (п. 2 ч. 1 ст. 487 ЦК України); комерційні (фірмові) найменування (ч. 2 ст. 490 ЦК України); торговельні марки (знаки для товарів і послуг) (п. 2 ч. 1 ст. 495 ЦК України); комерційна таємниця (п. 2 ч. 1 ст. 506 ЦК України)¹⁴⁸.

Г.В. Цірат пропонує додати до предмету договору комерційної концесії ще «дії правоволодільця з надання в користування франшизи, з реєстрації договору, з надання відповідних консультацій франчайзі, з проведення навчальних курсів для персоналу користувача, з контролю за якістю товарів (робіт, послуг), що виробляються користувачем, а також дії користувача, що визначені предметом договору, включаючи користування франшизою та дотримання інструкцій франчайзера»¹⁴⁹.

Що стосується умови про оплату за користування наданим комплексом прав, то у Цивільному кодексі України така умова про оплату міститься тільки у загальному визначенні договору, а також у положеннях, що передбачають випадки, коли користувач вправі вимагати зменшення належної правоволодільцеві плати, що встановлено у ст. 1128 Цивільного кодексу. А у ст. 369 Господарського кодексу закріплено, що винагорода за договором комерційної концесії може виплачуватися користувачем правоволодільцеві у формі разових або періодичних платежів чи в іншій формі, передбаченій договором¹⁵⁰. Тобто така винагорода може виплачуватися у формі фіксованих разових або періодичних платежів,

¹⁴⁸ Цивільний кодекс України від 16.01.2003 р. (в редакції від 28.10.2021). URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/435-15#Text>

¹⁴⁹ Цірат Г. Франчайзинг и франчайзинговый довор: Учебн.-практ. пособие. Київ.: «ИСТИНА», 2002. 240 с. С. 12.

¹⁵⁰ Господарський кодекс України від 16.01.2003 р. (в редакції від 06.10.2021). URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/436-15#Text>

відрахувань від виручки, націнки на оптову ціну товарів, переданих правовласником для перепродажу, тощо¹⁵¹.

Виходячи із сутності договору франчайзингу, можна зробити висновок про те, що він має довгостроковий характер, адже для франчайзі, є важливим повернути витрати, зроблені ним для укладення та виконання договору. Зважаючи на те, що мова йде про досить великі суми, для того, щоб повернути витрати франчайзі необхідний досить тривалий строк, укладення договору на незначний строк є нерентабельним для нього. Однак чинне законодавство, як вказувалось вище, для договорів комерційної концесії взагалі не встановлює умову щодо строку. Лише у ст. 366 Господарського кодексу у визначенні договору закріплено, що він може укладатись на певний строк або без визначення строку. Також ст. 1126 Цивільного кодексу визначає можливість укладення договору на невизначений строк. На наш погляд, більш вдалим було б закріплення в чинному законодавстві норми, якою строк дії договору визначався щонайменше у три роки і більше.

Права і обов'язки сторін договору визначені у ст.ст. 1120-1122 Цивільного кодексу та ст.ст. 370-372 Господарського кодексу. Так, до обов'язків правоволодільця належить: передання користувачеві технічної та комерційної документації та надання іншої інформації, необхідної для здійснення прав, наданих йому за договором комерційної концесії, а також інформування користувача та його працівників з питань, пов'язаних із здійсненням цих прав; надання користувачеві постійне технічне та консультативне сприяння, включаючи сприяння у навчанні та підвищенні

¹⁵¹ Особливості франчайзингу по-українськи: на що слід звернути увагу. URL: https://ua.prostopravo.com.ua/prava_biznesu/dogovirni_vidnosini/statti/osoblivosti_franchayzingu_po_ukrayinski_na_scho_slid_zvernuti_uvagu

кваліфікації працівників; контроль за якістю товарів (робіт, послуг), що виробляються (виконуються, надаються) користувачем на підставі договору комерційної концесії; ідати користувачеві передбачені договором ліцензії (дозволи), забезпечивши їх оформлення у встановленому законодавством порядку.

До обов'язків користувача належать: використання торговельної марки та інших позначень правоволодільця визначеним у договорі способом; забезпечення відповідності якості товарів (робіт, послуг), що виробляються (виконуються, надаються) відповідно до договору комерційної концесії, якості аналогічних товарів (робіт, послуг), що виробляються (виконуються, надаються) правоволодільцем; дотримання інструкцій та вказівок правоволодільця, спрямованих на забезпечення відповідності характеру, способів та умов використання комплексу наданих прав використанню цих прав правоволодільцем; надання покупцям (замовникам) додаткових послуг, на які вони могли б розраховувати, купуючи (замовляючи) товари (роботи, послуги) безпосередньо у правоволодільця; інформування покупців (замовників) найбільш очевидним для них способом про використання ним торговельної марки та інших позначень правоволодільця за договором комерційної концесії; заборона розголошення секретів виробництва правоволодільця, іншої одержаної від нього конфіденційної інформації; сплата правоволодільцеві обумовленої договором винагороди.

Як і будь-який інший вид підприємницької діяльності, франчайзинг має як переваги для осіб, що обрали його у якості бізнес-моделі, так і недоліки та ризики. Так, серед переваг такого договору для франчайзера вчені називають «можливість швидкого зростання бізнесу через збільшення кількості торгових точок, що, у свою чергу, призведе до розширення ринків збуту, отримання додаткового прибутку за допомогою зусиль франчайзі (користувача), а також додатковий прибуток від надання в оренду франчайзі нерухомості чи обладнання, за рахунок скорочення витрат на персонал, виробництво, обігу за рахунок того, що франчайзі самотійно покриває

витрати на функціонування підприємства, підвищення престижу підприємства та товарного знаку»¹⁵². Для франчайзі, у свою чергу, укладення договору франчайзингу надає можливість швидко вийти на ринок, використовуючи уже відому торгівельну марку та напрацьований досвід, що дозволяє уникнути помилок та мінімізувати ризики підприємницької діяльності.

Що стосується недоліків досліджуваного договору, то, у першу чергу, це встановлення обмежень для франчайзі, зокрема, щодо закупівлі сировини і продукції, асортименту товару, маркетингу і реклами. Досить часто також у договорі встановлюється заборона для франчайзі конкурувати з франчайзером протягом встановленого у договорі строку, що може негативно вплинути на розмір отриманого ним прибутку. Також досить високий перший внесок, що робить франчайзі при покупці франшизи, може не окупитись, адже успіх франчайзі знаходиться в прямій залежності від успіху всієї мережі.

Для франчайзера основним недоліком є можливість дискредитації його бренду у випадку некомпетентності франчайзі або помилки у виборі контрагента за договором¹⁵³.

Для мінімізації такого ризику він обмежує дії франчайзі, внаслідок чого той опиняється у значній залежності від франчайзера та отримує ряд обмежень у прийнятті рішень¹⁵⁴.

Зокрема, франчайзер не має права вимагати від франчайзі підтримку цін на певному рівні, адже відповідно до ч. 2 ст. 1122 Цивільного кодексу умова договору, відповідно до якої правоволоділець має право визначати ціну товару (робіт, послуг), передбаченого договором, або встановлювати

¹⁵² Кравчук Н., Білоус О., Синькевич Н. концепція побудови ефективної бізнес-моделі франчайзингу. Галицький економічний вісник, 2019. № 5 (60). С. 40-46.

¹⁵³ Особливості франчайзингу по-українськи: на що слід звернути увагу. URL: https://ua.prostopravo.com.ua/prava_biznesu/dogovirni_vidnosini/statti/osoblivosti_franchayzingu_po_ukrayinski_na_scho_slid_zvernuti_uvagu

¹⁵⁴ Намака К. Ризики сторін у договорі франчайзингу та правові способи їх мінімізації. Підприємництво, господарство і право. 2018. № 12. С. 119-124.

верхню чи нижню межу цієї ціни, є нікчемною. Вказане йде на користь споживачу товарів, але не на користь франчайзера, який не може контролювати ціни та встановлювати єдину цінову політику для товарів, що продаються під його торговельною маркою.

Ще одним ризиком для сторін договору є ненадійність партнерів¹⁵⁵. За кордоном франчайзі має можливість перед придбанням франшизи отримати інформацію щодо фінансового стану франчайзера та/або успішності його діяльності. Наприклад, у США на законодавчому рівні закр. плено обов'язок франчайзера розкрити фінансову інформацію потенційному франчайзі¹⁵⁶.

Також у ч. 2 ст. 311 ЦК Німеччини закріплено правило, у відповідності до якого обидві сторони майбутнього договору франчайзингу під час переговорів щодо укладання договору повинні надати правдиві дані, не вводити одна одну в оману та не давати хибних обіцянок, але у той же час вони не мають права розкривати суттєву інформацію. Якщо ж франчайзер або його представники нададуть помилкову або неправдиву інформацію, вони будуть нести відповідальність відповідно до ч. 3 ст. 311 ЦК Німеччини. Будь-яке недотримання вказаного правила може призвести до визнання недійсним договору та покладення на франчайзера обов'язку повернути франчайзі до того стану, в якому б останній перебував, якби франчайзер виконав своє зобов'язання щодо розкриття інформації, зокрема повернути кошти, отримані за продаж франшизи, а також відшкодувати франчайзі всі збитки, яких той зазнав у зв'язку з проведеною операцією¹⁵⁷. В Україні така правова норма щодо переддоговірного розкриття інформації відсутня, що не дає можливості об'єктивно оцінити успішність придбання франшизи.

¹⁵⁵ Житар М. О., Ленкевич О. В. Франчайзинг як форма ведення бізнесу в Україні. *Бізнесінформ*. 2019. № 9. С. 293-298. URL: https://www.business-inform.net/export_pdf/business-inform-2019-9_0-pages-293_298.pdf

¹⁵⁶ Намака К. Ризики сторін у договорі франчайзингу та правові способи їх мінімізації. *Підприємництво, господарство і право*. 2018. № 12. С. 119-124.

¹⁵⁷ Kolinko T., Rezvorovych K., Yunina M. Legal characteristic of the franchise agreement in Germany. *Baltic Journal of Economic Studies*, Volume 5 Number 1. Riga: Publishing House "Baltija Publishing", 2019, P 96-100. DOI: <https://doi.org/10.30525/2256-0742/2019-5-1-96-100> URL: <http://www.baltijapublishing.lv/index.php/issue/article/view/605>

На наш погляд, слід погодитись з думкою Ю.С. Паніної, яка пропонує наступний шлях розкриття інформації: «надання франчайзером потенційному франчайзі не пізніше ніж за двадцять днів до укладення договору франчайзингу переддоговірного документа, який повинен містити такі відомості: інформація про строк діяльності франчайзера, баланси та фінансові звіти франчайзера за останні два роки; список франчайзі, з якими франчайзер укладав аналогічні договори франчайзингу, їх фінансові показники; відомості про ринок товарів чи послуг, що пропонуються в рамках франшизи, на території, де франчайзі планує здійснювати свою діяльність; детальний опис усіх витрат, які франчайзі доведеться зробити для приєднання до франчайзингової мережі та ефективного функціонування. При цьому для захисту інтересів франчайзера пропонується запровадити підписання франчайзі, якому розкривається відповідна інформація, своєрідного договору про нерозголошення. Очевидно, порушення такого договору повинно мати своїм наслідком зобов'язання з відшкодування шкоди, завданої франчайзеру»¹⁵⁸.

Таким чином, як і будь-який вид підприємницької діяльності, франчайзинг певною мірою має ризиковий характер як для правоволодільца, так і для користувача. У той же час широке розповсюдження та вигідність укладення такого договору для обох сторін робить його договірною моделлю, що наразі достатньо динамічно розвивається, та у свою чергу, робить його одним з найбільш ефективних інструментів залучення інвестицій.

Саме тому для подальшого розвитку франчайзингових відносин в Україні та вироблення ефективного механізму його стимулювання та впровадження наразі є необхідним створення відповідних загальнодержавних програм з розвитку підприємництва в Україні та удосконалення чинного законодавства у цій сфері.

¹⁵⁸ Паніна Ю.С. Правове регулювання договору франчайзингу в Європейському Союзі та Україні. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03. Ужгород, 2017. 264 с. С. 149.

2.3. Договір про надання фінансових послуг

В сучасних умовах ринкових відносин дослідження сфери цивільно-правових договорів свідчить про існування разом із типовими для цивільного права договорами починають поширюватись такі, які можуть відрізняються від перших специфічними ознаками. Породження такого виду договорів зумовлена розвитком та ускладненням цивільного обороту, розподілом зобов'язань у сфері підприємницької діяльності і звичайних, загальноцивільних зобов'язань, серед яких виділяються договірні зобов'язання за участю споживачів. В зв'язку з розвитком відносин обміну посилено багатоманітність та ускладнено систему цивільно-правових договірних зобов'язань, обумовлено її все більш детальною та внутрішньою диференціацію (що складається на основі традиційних типів і видів договорів), появу змішаних і нетипових договірних взаємозв'язків.

Впровадженням новітніх технологій на розвиток зобов'язального права в літературі пояснюють виникненням певної низки зобов'язань за галузями економічної діяльності (транспорт, торгівля, будівництво, банківське обслуговування, житлова сфера, страхування тощо), де застосовуються норми цивільно-правових договорів та зобов'язань, що виникають на основі зазначених договорів, становлять сукупність відповідного законодавства (яке іноді називають "банківським", "транспортним", "житловим", "торговим", тому подібним "правом").

Узагальнюючи досвід на практиці з приводу застосування всіх цивільно-правових договорів, необхідно зазначити, що переважна кількість носить змішаний характер, тому що укладення відповідного договору щодо виконання одного зобов'язання, породжує виникнення додаткових зобов'язань, наприклад договорів перевезень, зберігання. Крім того, в договорі може бути встановлена одна умова, підтекст якої вказує на

існування другого зобов'язання. При цьому сторонами можуть і не укладатись окремі договори.

Аналізуючи договори нетипової форми, також змішані договори, в літературі зазначається, що змішаний договір опосередковує два або кілька видів різнорідних відносин, який не може бути зведений до відомого типу договору. Правова підстава існування змішаних договорів міститься у відповідних нормативно-правових актах.

До змішаних договорів належить договір про надання фінансових послуг, оскільки він поєднує в собі різновиди цивільно-договірних відносин, такі як довірчого управління фінансовими активами, надання коштів у позику, страхування, тощо. Цінність договору полягає в аналізі базових засад відносно нього, до яких встановлюються універсальні правила застосування для кожного різновиду такого договору, що одночасно поєднуються в його змісті.

Слід зазначити, що змішаним може стати й договір, як різновидом договору про надання фінансових послуг. Наприклад, сфера банківської діяльності з прийняттям нового Цивільного кодексу України та відповідних законів, прийнятих в розвиток виконання вимог Цивільного кодексу України, в одному договорі може поєднуватись декілька умов: 1) надання послуг з кредитування та забезпечення цих послуг іпотекою нерухомості, що придбавається за рахунок кредиту; або 2) купівля-продаж нерухомості, яка придбається за рахунок кредиту, та іпотеки такої нерухомості, оформленої в забезпечення за кредитом на її придбання, тощо.

Розглядаючи порядок банківського кредитування, при укладенні банком не змішаних договорів можна спостерігати їх поділ на основні та додаткові. Основним договором вважається договір з надання кредиту або здійснення іншої кредитної операції, на підставі статті 47 і 49 Закону України "Про банки і банківську діяльність". Такий договір зберігає чинність незалежно від моменту припинення додаткових правочинів. Останні ж укладаються в забезпечення виконання зобов'язання за основним договором

та, в подальшому носять похідний від нього характер, втрачаючи свою чинність, як правило, з припиненням дії основного договору. Це свідчить про неможливість самостійного існування правовідносин (незалежного від основного договору), що ґрунтуються на додаткових договорах, за виключенням окремих випадків, передбачених чинним законодавством. Розповсюдженими додатковими правочинами в сфері банківського кредитування, які забезпечують виконання боржником вищезазначеного основного зобов'язання, є правочини з приводу страхування, надання поруки та/або застави, оформлення гарантії (глави 49, 67 ЦК України).

Вищезазначені додаткові правочини можна кваліфікувати як виділення цивільно-правових зобов'язань з наданням страхування та гарантії як такі, що самостійно існуючі. На чинність таких договорів не застосовується припинення зобов'язань за основним договором, оскільки: дія гарантії припиняється із припиненням терміну, на який вона надавалась, та в інших передбачених законом випадках (зокрема передбачених ст. 568 ЦК України), а дія таких договорів страхування - у випадках, застосованих договором та/або законом, зокрема ст. 997 ЦК України (наприклад, у разі несвоєчасної та/або неповної сплати особою-страхувальником страхових внесків на користь страхової компанії).

Відмінність застави від поруки, які не можуть існувати поза правовідносинами з надання кредитних операцій, поле застосування гарантії і страхування в якості самостійних договірних конструкцій є досить поширеним, наприклад при наданні послуг зі страхування цивільної відповідальності власників транспортних засобів, медичного страхування, страхування будівельно-монтажних робіт настання ризиків під час будівництва житла, або надання гарантії як різновиду кредитної операції, що забезпечується порукою або заставою, наявність якої (гарантії) гарантуватиме своєчасне і повне виконання боржником грошового зобов'язання за договором поставки, купівлі-продажу тощо.

Враховуючи, що послуги з надання кредиту, поруки, страхування, гарантії відповідно до Закону України "Про фінансові послуги та державне регулювання ринків фінансових послуг" віднесені до різновидів фінансових послуг, їх реалізація в подальшому стає можливою за умови дотримання вимог вищезазначеного законодавчого акта.

Регулювання питань відносно договору про надання фінансових послуг може здійснюватися на підставі застосування кількох норм галузей права. Проте основою зазначених договорів є загальні та спеціальні положення норм цивільного права.

На сьогоднішній день значного доопрацювання потребує нормативний масив з багатьох питань визначення цивільно-правового режиму договорів про надання фінансових послуг. Правове регулювання з огляду на Цивільний кодекс України отримали переважно деякі різновиди цивільно-правових угод, які поєднуються в договорі про надання фінансових послуг (наприклад, кредитний договір – ст. 1054 ЦК України, договір страхування – ст. 979 ЦК України, договір банківського рахунку – ст. 1066 ЦК України, договір банківського вкладу – ст. 1058 ЦК України, договір управління майном – ст. 1029 ЦК України та інші), а також загальні аспекти договору про надання послуг – статті 901-907 ЦК України.

В Цивільному кодексі УРСР 1963 р. загальні положення про договір з надання послуг відсутні та ця підстава не стала суттєвою перепорою на шляху до правового закріплення окремих положень про договір з надання фінансових послуг, як одного з різновидів договору про надання послуг, в Законі України "Про фінансові послуги та державне регулювання ринків фінансових послуг", прийнятого 12 липня 2001 р. Зазначено законодавчий акт який є єдиною нормою та містить базові положення про фінансові послуги та договір їх надання. Безумовно, при ознайомленні з договором щодо надання фінансових послуг окрім вищевказаного закону певною мірою слід застосовувати й деякі інші законодавчі акти, зокрема закони України "Про страхування", "Про банки і банківську діяльність", "Про фінансово-

кредитні механізми і управління майном при будівництві житла та операціях з нерухомістю", "Про платіжні системи та переказ грошей в Україні", "Про захист прав споживачів" та інші, але за умови повної відповідності цих законів нормам Закону України "Про фінансові послуги та державне регулювання ринків фінансових послуг" та Цивільний кодекс України.

Зобов'язальні правовідносини та договори про надання фінансових послуг посідають важливе місце в системі договорів про надання послуг у сфері господарської та комерційної діяльності і зобов'язального права в цілому. Такий стан обумовлений розвитком ринку зазначених послуг та специфікою елементів даного правочину.

В системі цивільних правочинів договори про надання фінансових послуг виділяються тим, що їх вчинення становить предмет діяльності банківських та/чи інших фінансових установ (а в передбачених законом випадках і нефінансових установ) з безпосереднього приводу здійснення банківських та/чи інших фінансових операцій.

З переліченого можна виділити особливість договорів про надання фінансових послуг, яка полягає в тому, що завжди одним із учасників правочину виступає банк та/чи інша фінансова установа (або нефінансова установа у встановлених законом випадках), а предметом є грошові кошти чи або фінансові активи.

Таким чином, договір про надання фінансових послуг є різновидом нетипових цивільно-правових правочинів з надання послуг у сфері підприємницької діяльності, який внаслідок диференціації зобов'язань за галузями економічної (господарської) діяльності поєднує в собі кількість традиційних груп договорів і перебуває на етапі формування в якості самостійного договірного типу.

Встановлюючи правову природу договору про надання фінансових послуг, насамперед це питання слід проаналізувати через загальні позиції цивільно-правового договору, який є складовою будь-яких взаємовідносин між суб'єктами господарського обороту України.

В російському законодавстві XIX століття договір або угода розглядалися як "...домовленість між двома або більше особами, втілена в законну форму, про будь-які дії) що мають майнову цінність і можуть, за законом, бути предметами юридичних відносин, тобто мають характер речі в юридичному значенні".

Наведене в цілому підтверджується сучасними новелами цивільного права. В науковій літературі договір розглядається, як укладена у визначеній законом формі угода двох або кількох осіб (організацій, громадян), яка регулює і встановлює, відповідно до існуючих норм взаємних цивільних прав та обов'язків, націлена на реалізацію планів організацій і на безпосереднє задоволення культурних та матеріальних потреб в інтересах громадян.

Цивілістична наука трактує поняття "договір" в різних значеннях, під поняттям договір розуміють: а) юридичний факт, який лежить в основі зобов'язання; б) договірне зобов'язання; в) документ, в якому закріплений факт встановлення зобов'язальних правовідносин.

Розглянемо що в ЦК УРСР 1963 р. не закріплене поняття терміну договору, що було зазначено в чинному Цивільному кодексі України, згідно якого договір розглядається як домовленість двох та більше сторін, спрямованих на встановлення, зміну або припинення цивільних прав та обов'язків (ст. 626 ЦК України). Вид договору визначається від дій сторін в яких вони повинні домовитися про вчинення відповідних дій або утримання від них, внаслідок чого визначається, а відповідно, й норми права, якими слід керуватися сторонам протягом всього періоду існування цих договірних відносин.

Погоджений договір, насамперед, встановлює певний механізм дій сторін, в якому обумовлені права та обов'язки сторін відповідно до законодавства. Під час виконання договору сторони мають право змінювати умови або взагалі припинити дію договору у випадках, встановлених законом чи договором. Також необхідно наголосити, що для належної реалізації умов будь-якого договору сторони повинні дотримуватися встановлених чинним

законодавством основних вимог до цивільно-правового договору, а саме: при його укладенні - волевиявлення, дієздатності сторін, форми, законності умов; а під час виконання - здійснення належним чином взятих на себе зобов'язань.

Зазначені вимоги до цивільно-правових угод мають застосовуватись до договорів різних форм, в тому числі і до договорів про надання фінансових послуг. Таким чином, слід зазначити, що договір про надання фінансових послуг, як і будь-який інший цивільно-правовий договір, можна розглядати як:

- а) правову форму, як підставу вчинення дії (надання послуги);
- б) спосіб конкретних дій, які необхідно вчинити сторонам;
- в) волевиявлення сторін, спрямоване на отримання конкретного результату;
- г) спосіб поведінки сторін (належне виконання зобов'язань, встановлення відповідальності), який сприяє досягненню очікуваних результатів.

Досвідчений вчений-цивіліст М. І. Брагінський, значна кількість праць якого присвячена послугам, зокрема договори з надання послуг розподіляв на дві групи:

- 1) договори, побудовані за моделлю договору підряду, тобто спрямовані на виконання робіт (наприклад, договір підряду на капітальне будівництво, на виконання проектних, науково-дослідницьких робіт);
- 2) договори, побудовані за моделлю договору доручення, тобто договори послуг (схову, експедиції та перевезення).¹⁵⁹

Слід зауважити, що послуга в цивільному праві ототожнюється з дією, а це означає, що надання будь-якої послуги неможливе без вчинення певних дій. На підставі наведеного твердження М. І. Брагінським класифікації договорів з надання послуг можна зробити наступні висновки, що внаслідок виконання одних із них створюється нова річ або змінюються її властивості

¹⁵⁹ Договірне право України. Загальна частина: навч. посіб. / Т. В. Боднар, О. В. Дзера, Н. С. Кузнєцова та ін.] за ред. О.В. Дзери. К.: Юрінком Інтер, 2008. 896 с.

(наприклад, надання послуг щодо здійснення ремонтних робіт), а інші договори спричинюють переміщення матеріального об'єкта (наприклад, надання послуг з перевезення вантажу). Проаналізувавши твердження, можна дійти висновку, що всі цивільно-правові договори є договорами з надання відповідних послуг.

Під час здійснення господарської діяльності суб'єкти господарювання використовують різноманітні договори з надання послуг: аудиторські, послуги зв'язку, туристичні послуги, юридичні, банківські, медичні, інформаційні, зберігання, перевезення, страхові, у тому числі експедиції тощо. Деякі з них можна поділити на окремі договори (наприклад, юридичні: консультаційні, послуги з оформлення відповідних документів, нотаріальні тощо), так і об'єднати в одну групу (наприклад, договори з надання деяких банківських та страхових послуг потребують відповідних договорів про надання фінансових послуг). Слід зазначити, що незалежно від правової природи вище перелічені договори, спрямовані на здійснення боржником відповідних дій за дорученням кредитора.¹⁶⁰

Розкриваючи правову природу договорів з надання фінансових послуг через похідні норми договорів з надання послуг, зауважимо, що в даних договірних правовідносинах беруть участь дві сторони - виконавець та замовник, які виконують відповідні зобов'язання, а саме: виконавець на замовлення другої сторони договору (замовника) повинен надати послугу (вчинити відповідну дію або здійснити відповідну діяльність), а замовник повинен сплатити на користь виконавця за надану останнім послугу, якщо інше не встановлено договором (ст. 901 ЦК України).

Коло виконавців при наданні послуг чітко не встановлено нормами Цивільного кодексу України, вони визначаються залежно від виду послуги, що надаватиметься певним суб'єктом господарювання.

¹⁶⁰ Цивільне право України. Загальна частина: Підручник / [С.М. Бервено, В.А. Васильєва, М.К. Галянич та ін.]; За ред. О.В. Дзери, Н.С. Кузнецової, Р.А. Майданика. – 4-те вид., стереотип. – К.: Юрінком Інтер, 2014. – 976с.

Вимогами Закону України "Про фінансові послуги та державне регулювання ринків фінансових послуг", суб'єкти які надають фінансові послуги можуть бути лише фізичні особи-суб'єкти підприємницької діяльності або юридичні особи, які мають нормативно визначене право та наділені визначеним законом правовим статусом і здійснюють свою діяльність відповідно до своїх статутних документів, закону, а у випадках, встановлених законом, і спеціального дозволу (ліцензії).

Відповідно про споживача послуг слід зазначити, що законодавством не обмежено їх коло, ним може бути будь-яка особа - юридична або фізична, яка звернеться до послугонадавача з метою отримання певної фінансової послуги.

Кореспондуючи наведене можна виділити, що всі договори з надання послуг можна вважати публічним договором (ст. 633 ЦК України), хоча на сьогоднішній день це питання залишається дискусійним. Зазначаємо, що дана норма не повною мірою відповідає сьогоденним обставинам щодо здійснення певної господарської діяльності. Так, наприклад, не всі види банківських послуг можуть мати публічний характер, а саме - залучення депозитів від юридичних осіб (дотримання публічності встановлено лише при укладенні депозитних договорів з фізичними особами згідно з ч. 2 ст. 1058 ЦК України); здійснення розрахунково-касового обслуговування юридичних осіб (встановлення пільгових умов обслуговування на окремі види послуг для пріоритетних клієнтів); надання кредитів певним позичальникам - юридичним і фізичним особам (встановлення пільгових відсоткових ставок за користування кредитом, зменшення комісійних винагород тощо). Безумовно, надання банком послуг на інших умовах, ніж ті, що носять публічний характер, зобов'язує його дотримуватися певних вимог щодо правильного оподаткування таких операцій та коригування регулятивного капіталу банку у встановлених законодавством випадках, керуючись при цьому нормами п. 1.20 ст. 1 та п. 7.4 ст. 7 Закону України "Про оподаткування прибутку підприємств" і п. 1.7 гл. 1 розд. II та п. 1.14 гл.

1 розд. VI постанови НБУ "Про затвердження Інструкції про порядок регулювання діяльності банків України" від 28 серпня 2001 р. №368. Вважаємо, що відхилення банку від публічних умов (тобто надання послуг не за звичайними цінами відповідно до вищезазначеного закону) не може бути підставою для встановлення нікчемності укладеного договору (ч. 6 ст. 633 ЦК України) чи визнання його недійсним за встановленими законом підставами (параграф 2 гл. 16 розд. IV ЦК України).

Розглядаючи норму ст. 902 Цивільного кодексу України, виконавець повинен надати послугу особисто, якщо інше не передбачено договором. Це свідчить про надання послуги безпосередньо виконавцем, так і третя особа, але в будь – кому випадку відповідальним перед замовником за порушення умов договору залишається безпосередньо сам виконавець. Участь виконавця або третьої особи в договірних зобов'язаннях з надання послуг вирішується залежно від обставин справи за попередньою домовленістю сторін з обов'язковим зазначенням в тексті договору з надання відповідних послуг.

Відповідно до норми ст. 902 Цивільного кодексу України можна констатувати факт надання законодавцем права сторонам договору з надання послуг обрати на їх розсуд відповідну особу, яка буде надавати послуги: безпосередньо самого виконавця послуги або третю особу, відступивши при цьому від загального правила, передбаченого нормами Цивільного кодексу України.

В зв'язку з цим слід заперечити застосування у правовідносинах з надання, власне, фінансових послуг вищезазначеного аспекту відносно вільного вибору сторонами особи яка надає послуги, оскільки це буде суперечити правовій природі як самих фінансових послуг, так і договору з їх надання. Ґрунтуючись на вимогах Закону України "Про фінансові послуги та державне регулювання ринків фінансових послуг", а також інших спеціальних законодавчих актів (зокрема законів України "Про страхування", "Про банки і банківську діяльність" тощо), фінансові послуги повинні надаватися безпосередньо тією особою, якій таке право надано не договором,

а відповідно до закону, з урахуванням вимог, зокрема, наявність у особи з надання послуг спеціального правового статусу - реєстрації як фінансової установи (суб'єкта господарювання), (нефінансові установи можуть надавати такі послуги лише у випадках, передбачених законом), а також ліцензування певних видів діяльності з надання фінансових послуг у випадках, передбачених законом. Дане твердження підтверджується також вимогами ч. 3 ст. 34 Закону України "Про фінансові послуги та державне регулювання ринків фінансових послуг", відповідно до якої ліцензія, що надається для здійснення діяльності з надання фінансових послуг, не може передаватися третім особам. З огляду на вищевикладене, фінансові кредити можуть надаватися виключно кредитними установами (банками, кредитними спілками) згідно з ч. 3 ст. 5 Закону України "Про фінансові послуги та державне регулювання ринків фінансових послуг"; страхування - виключно фінансовими установами, передбаченими ст. 2 Закону України "Про страхування", які отримали ліцензію на право здійснення страхової діяльності; залучення коштів у довірче управління з метою будівництва житла - виключно управителем, яким може бути лише фінансова установа відповідно до Закону України "Про фінансово-кредитні механізми і управління майном при будівництві житла та операціях з нерухомістю" тощо.¹⁶¹

Цивільним кодексом України встановлено, що договори з надання послуг можуть бути платними, та безоплатними. Договір вважається укладеним на платній основі, якщо інше не передбачено умовами даного договору. Переважна більшість договорів з надання послуг є платними. Не виключенням з цього правила став і договір про надання фінансових послуг. Оскільки виконавець здійснює відповідні дії при наданні послуги, застосовуючи при цьому фізичну чи розумову працю та дещо інше

¹⁶¹ ¹⁶¹ Цивільне право України. Загальна частина: Підручник / [С.М. Бервено, В.А. Васильєва, М.К. Галянтич та ін.]; За ред. О.В. Дзери, Н.С. Кузнецової, Р.А. Майданика. – 4-ге вид., стереотип. – К.: Юрінком Інтер, 2014. – 976с.

(наприклад, оформлення документів, експертну оцінку заставного майна, виїзд до місця розташування майна для перевірки його наявності і стану, якщо воно підлягає передачі в заставу або страхуванню тощо), безумовно він заслуговує на певну грошову винагороду та компенсування витрат пов'язаних з виконанням умов договору. Таким чином, результатом виконання вказаного договірною зобов'язання є отримання прибутку.

Оскільки діюче законодавство не може бути повністю вичерпним, будь-які не врегульовані законом договірні відносини з надання певних послуг можна підвести під норми про загальний договір з надання послуг. Про це зазначає ч. 2 ст. 901 Цивільного кодексу України, але за умови, що це не суперечить суті відповідного зобов'язання.

В цьому контексті, під час відсутності чи недостатності правового регулювання відносин щодо зобов'язань з надання фінансових послуг, цілком можливе застосування згідно з ч. 1 ст. 8 Цивільного кодексу України аналогії закону про договір з надання послуг як загальної категорії, однак з урахуванням особливостей договору з надання фінансових послуг (ч. 2 ст. 901 Цивільного кодексу України).

З метою правильного застосування поняття договору про надання фінансових послуг необхідно виділити характерні риси, які притаманні лише йому, і дають підстави вважати, що цей договір посідає особливе місце в цивільному праві України.

Розглядаючи ст. 6 Закону України "Про фінансові послуги та державне регулювання ринків фінансових послуг", слід зазначити, що структура договору про надання фінансових послуг складається з необхідних (істотних) для цивільно-правового договору умов, зокрема найменування фінансової операції; розміру фінансового активу, зазначеного у грошовому виразі; строків його внесення та умов взаєморозрахунків тощо.

Безумовно, за змістом згаданої норми структура договору про надання фінансових послуг є класичною і носить загальний характер. Однак, якщо в законі будуть міститись інші особливості відповідного різновиду договору з

надання фінансових послуг, то законодавець допустить змінену структуру такого договору (абзац 2 п. 1 ст. 6 Закону України "Про фінансові послуги та державне регулювання ринків фінансових послуг"). Крім того, відповідний орган може встановлювати додаткові вимоги до договорів про надання фінансових послуг фізичним особам, якщо це не врегульовано іншими нормами закону. Враховуючи, що на теперішній час цивільно-правові відносини із споживачами-фізичними особами ґрунтуються на вимогах Закону України "Про захист прав споживачів", уповноважений орган при встановленні додаткових вимог до договорів повинен діяти з урахуванням вимог зазначеного законодавчого акта.

Таким чином, при укладенні відповідного договору з надання фінансових послуг, наприклад страхування кредитного, про банківський рахунок, необхідно закріпити в тексті договору всі його істотні умови, встановлені для даного виду зобов'язальних правовідносин ЦК України (зокрема статтями 979, 1054, 1066), якщо інше не буде встановлено законом (законами України "Про страхування", "Про банки і банківську діяльність", "Про іпотечне кредитування, операції з консолідованим іпотечним боргом та іпотечні сертифікати", "Про захист прав споживачів" тощо), з урахуванням передбачених ст. 6 Закону України "Про фінансові послуги та державне регулювання ринків фінансових послуг" істотних умов договору про надання фінансових послуг, які носять загальний характер. Відповідно до ст. 215 Цивільний кодекс України недотримання сторонами даного договору вимог закону (зокрема відсутність хоча б однієї з істотних умов договору, встановлених законом) може призвести до встановлення його недійсним з послідувачим настанням відповідних правових наслідків.¹⁶²

Аналіз статей 901-907 Цивільного кодексу України та норм Закону України "Про фінансові послуги та державне регулювання ринків фінансових послуг" дає змогу виявити загальне відображення суті договору про надання

¹⁶² <https://zakononline.com.ua/court-decisions/show/82317920>

фінансових послуг. Застосовуючи вказані положення, виділимо специфічні ознаки, власне, договору про надання фінансових послуг.

1. Наявність визначеного законодавством суб'єктного складу вказаного зобов'язання - виконавця та замовника. В силу обмеженого законом кола виконавців надавати фінансові послуги можуть лише юридичні особи та фізичні особи-суб'єкти підприємницької діяльності, які зареєстровані у встановленому законом порядку як фінансові установи, або які не належать до фінансових установ відповідно до закону (див. підпункт 7 п. 1 ст. 1 та п. 4 ст. 5 Закону України "Про фінансові послуги та державне регулювання ринків фінансових послуг"). Замовником може бути будь-який суб'єкт цивільного права споживач таких послуг - фізична або юридична особа.

2. Право надання фінансових послуг ґрунтується на нормах закону, установчих документах виконавця та у випадках, передбачених законом, на підставі наданої уповноваженим органом виконавцю відповідної ліцензії (див. п. 2 ст. 7 та ст. 34 вищезазначеного законодавчого акта).

3. Наявність специфічного об'єкта - інструмента, з яким відбувається надання фінансової послуги, з метою правильного розуміння поняття об'єкта фінансової послуги, необхідно розмежувати об'єкт від предмета зобов'язання з надання фінансових послуг: предмет договору про надання фінансових послуг включає дії у вигляді фінансової послуги, як діяльності особи надання послуг, при наданні відповідних фінансових операцій, а об'єкт - це те, з чим пов'язані дії особи при наданні послуг, її фінансовими активами (підпункт 4 п. 1 ст. 1 вказаного Закону), з якими особи здійснюють фінансові операції (кошти, цінні папери та деякі інші види цінностей).

Правовий режим фінансових активів регулюється цивільно-правовими актами, зокрема Цивільним кодексом України (наприклад статті 192, 193 гл. 14); законами України "Про цінні папери та фондовий ринок" і "Про державне регулювання ринку цінних паперів в Україні", тощо.

4. Надання фінансової послуги здійснюється за попереднім замовленням споживача щодо надання послуги, тобто, поки споживач не

доручить здійснення відповідні дії (надати послугу), зобов'язання з надання фінансової послуги у виконавця не виникає.

5. Фінансова послуга надається в процесі здійснення професійної діяльності послугонадавача. Наявність професійного характеру надання фінансової послуги підтверджується, зокрема, положеннями підпункту 6 п. 1 ст. 1 Закону України "Про фінансові послуги та державне регулювання ринків фінансових послуг", відповідно до якої до ринків фінансових послуг належать професійні послуги на відповідних ринках послуг - банківських, страхових та інших послуг, визначених зазначеним законом. Основний зміст зазначеної професійної діяльності становлять два обов'язкові елементи: а) комерційна мета (наявність мети у вигляді отримання прибутку чи збереження реальної вартості фінансових активів і встановлення імперативно оплатного характеру зазначених правочинів) та б) банківський, страховий чи інвестиційний характер операцій, які забезпечують обіг фінансових активів, тобто неодноразове, а систематичне вчинення або з наміром їх постійного вчинення, що свідчить про професійний характер їх вчинення згідно з вимогами відповідного ринку фінансових послуг.

6. Оплатність фінансової послуги проявляється в отриманні прибутку або збереженні реальної вартості фінансових активів. Отримання прибутку є характерною ознакою підприємницької діяльності (ст. 42 Господарського кодексу України), що свідчить про наявність підприємницького характеру здійснення фінансової послуги, який (підприємницький характер) в обов'язковому порядку ґрунтується на оплатності такої послуги. Водночас зазначений підхід є дещо надмірно категоричним, оскільки в окремих випадках (наприклад, при залученні фінансових активів із зобов'язанням щодо наступного їх повернення (підпункт 4 п. 1 ст. 4 вищезазначеного Закону), власне здійснення вкладних (деPOSITНИХ) операцій) можна припустити безоплатність окремих фінансових послуг в силу їх сутності. Це не суперечить оплатного характеру зазначених послуг в цілому, оскільки зазвичай результатом надання таких послуг є отримання прибутку, що

підтверджує її оплатність, або збереження реальної вартості фінансових активів. Так, аналізуючи суть банківської діяльності, зауважимо, що факт залучення грошових коштів осіб у банківські вклади (депозити) не потребує від них здійснення оплати на користь банку. Плату за зберігання грошових коштів на банківському рахунку у банківській установі отримує лише клієнт (вкладник) у вигляді відсотків. Але завдяки здійсненню таких операцій банк спроможний надавати й інші види послуг, зокрема кредитування, як одне із основних джерел отримання прибутку. Отже, здійснення банківською установою вищезазначених операцій загалом дає підстави стверджувати про наявність платного характеру банківських послуг.¹⁶³

При цьому варто пояснити зміст збереження реальної вартості фінансових активів. Це означає забезпечення під час надання фінансових послуг наявності вартості фінансових активів на рівні, встановленому виконавцем даної послуги. Наприклад, в результаті здійснення банківської діяльності як різновиду діяльності з надання фінансових послуг, банк повинен отримувати прибутки (зокрема, при кредитуванні, розрахунково-касовому обслуговуванні і т. ін.). Водночас банківська і судова практика свідчать, що клієнти (споживачі даних послуг) не завжди виконують свої грошові зобов'язання перед банком. Крім того, дії банку за наявності колізійності правових норм у конкретних випадках створюють певні незручності для клієнтів при користуванні такими послугами, що зумовлює повернення банком клієнту в добровільному чи примусовому порядку отриманого доходу від таких операцій.

При здійсненні банківської діяльності та забезпечення збереження реальної вартості набутого банком капіталу, з метою недопущення збитковості він здійснює залучення грошових ресурсів від клієнтів,

¹⁶³ Цивільне право України. Загальна частина: Підручник / [С.М. Бервено, В.А. Васильєва, М.К. Галянич та ін.]; За ред. О.В. Дзери, Н.С. Кузнецової, Р.А. Майданика. – 4-те вид., стереотип. – К.: Юрінком Інтер, 2014. – 976с.

створюючи свою ресурсну базу, за рахунок якої відбуваються видаткові операції клієнтам. Прикладом збереження реальної вартості фінансових активів з можливістю отримання прибутків у банківській діяльності є залучення банком депозитів на рік під 18% річних, а надання кредитів під 20% річних. Як бачимо, втрата банком 18% річних як плата одному клієнту за користування його депозитом покривається прибутком в 2% річних при кредитуванні іншого клієнта під 20% річних.

Під час надання послуг банк повинен дотримуватись нормативів банківської діяльності та інших чинників законодавства, Закону України "Про банки і банківську діяльність" та нормативно-правових актів Національного банку України. Таким чином, договір про надання фінансових послуг є імперативно-оплатним і не може бути безоплатним, оскільки це суперечитиме підприємницькій діяльності особи при наданні послуг і може створити загрозу фінансовій стабільності останнього, іншим послугоотримувачам, відповідному сегменту ринку фінансових послуг в цілому.

7. Притаманність довірчого (фідуціарного) характеру при вчиненні вказаної послуги, який проявляється у встановленні додаткових вимог до особи яка надає послуги щодо піклування за інтересами замовника. Така спрямованість послуги передбачає дії її виконавця виключно або переважно в інтересах клієнта надання особою інформації, достатньої для своєчасного прийняття замовником рішень в ситуації конфлікту інтересів, виникнення загрози його інтересам тощо.¹⁶⁴

Вищевикладене вказує на дві останні ознаки договору про надання фінансових послуг відображають зацікавленість сторін договору в його реалізації, оскільки будь-який цивільно-правовий правочин укладається в інтересах його сторін, а в конкретних випадках - і в інтересах третіх осіб (наприклад, договір страхування, в силу якого здійснюється страхова виплата

¹⁶⁴ <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2121-14>

особі вказаній страхувальником в договорі). З огляду на наведе слід зауважити, що відсутність хоча б однієї із вищезазначених ознак договору дає підстави віднести його до договірних зобов'язань з надання будь-яких послуг, але не фінансових.

Підсумовуючи вищевикладене можна зазначити поняття договору про надання фінансових послуг, можна виділити, що договір про надання фінансових послуг є довірчим (фідуціарним) правочином, згідно з яким особа при наданні послуг (фінансова установа або у випадках, встановлених законом, інший суб'єкт господарювання) надає за попереднім замовленням послугу (клієнту) фінансову послугу на оплатних і професійних засадах.

Вчиненою вважається послуга, що надається систематично та з наміром її постійного вчинення з метою отримання прибутку або при збереженні реальної вартості фінансових активів.

Одноразова операція, яка пов'язана з прийняттям зобов'язання особи при наданні послуг з фіксованою сумою фінансових активів перед суб'єктами господарювання і фізичними особами отримувачем послуги, може бути визнана фінансовою послугою лише у випадках та в межах закону.¹⁶⁵

Зміна або розірвання договору допускається за згодою сторін або за рішенням суду. Якщо договір було укладено за згодою сторін, то за загальним правилом зміна або розірвання договору допускається лише за згодою сторін, якщо інше не зазначено в договорі або в законі, якщо сторони мають досягти згоди про зміну (розірвання) договору, домовленість між ними також за своєю правовою природою являє собою договір, у зв'язку із чим на нього поширюються як загальні правила про умову дійсності правочинів ст. 203 Цивільного Кодексу України, так і положення про порядок укладення договору ст. 638-647 ЦК України.

При укладанні договору, прописується порядок його зміни або розірвання - він вважається таким з моменту вчинення відповідного

¹⁶⁵ <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/z0474-00#Text>

правочину. Якщо ж домовленість про зміну або розірвання договору має бути досягнута між особами, які віддалені одна від одної (таких, що перебувають у різних населених пунктах), діє правило, як і при укладенні договору, відповідно до якого моментом зміни (розірвання) договору є момент одержання особою, яка направила пропозицію укласти договір, відповіді про прийняття цієї пропозиції або застосовуються інші правила, передбачені статтею 640 ЦК України.

При розгляді окремих видів договірних зобов'язань законодавець наголошує, де застосовувати загальне положення про можливість розірвання договору, а іноді й змінює підставу для цього. Так, замовник має право вимагати розірвання договору за наявності у роботі істотних відступів від зазначених умов договору підряду або інших істотних недоліків (ч. 2 ст. 852 ЦК України). До цього додається, що якщо ці відступи у роботі не можуть бути усунені або не були усунені у встановлений замовником розумний строк (ч. 3 ст. 858 ЦК), замовник має право відмовитися від виконання договору та вимагати відшкодування збитків.

Розірвання договору відбувається у такий же спосіб, як і звнесення змін. Однак не виключається, що ініціатива однієї зі сторін щодо зміни або розірвання договору не підтримується іншою стороною, та не надається згода на розірвання. У таких випадках договір може бути змінений або розірваний на підставі рішення суду.

Умови договору може бути змінено або розірвано на підставі рішення суду за ініціативою однієї із сторін у разі істотного порушення умов договору та угодою сторін та в інших випадках, встановлених договором або законом. Істотним вважається таке порушення стороною договору, коли внаслідок завданої цим шкоди друга сторона позбавляється умов на які вона розраховувала при укладенні договору. У разі односторонньої відмови від договору у повному обсязі або частково, якщо право на таку відмову встановлено договором або законом, договір вважається розірваним або зміненим.

У разі змін істотних обставин, якими сторони керувалися при укладенні договору, договір може істотно змінюватись або підлягає розірванню за згодою сторін, якщо інше не встановлено договором або не впливає із умов зобов'язання.

Зміна обставин вважається істотною, якщо вони змінилися настільки, якби сторони могли це передбачити, вони не уклали б договір або уклали б його з інших умов. Стосовно істотної зміни обставин, з яких сторони встановлювали при укладенні договору, то це підстави для зміни або розірвання договору є ще проблемнішою за попередню. Як зміни обставин на практиці висувуються аргументи про істотні зміни в ринковому середовищі (попиту і пропозиції на певні товари, роботи, послуги) внаслідок різноманітних, у тому числі економічних або геополітичних причин у світовому чи регіональному вимірі. Прикладами є дефолт, воєнні дії, фінансова криза, зміна програмного (економіко-правового) курсу країни, що потягло за собою введення обтяжливого для сторін/сторони оподаткування та ін. Підставою для зміни або розірвання договору є наведені факти як мають виникати після його укладення і впливати на його сторони або одну з них таким чином, що виконання договірних обов'язків для однієї зі сторін договору стало б неможливим і поставило б її в не вигідне становище порівняно зі сторонами, які укладають аналогічні договори після зазначених обставин, а також порівняно з її контрагентом. Подібні ситуації не відповідають принципу справедливості (ст. 3 ЦК України), такі дії необхідні для подолання явно нерівного становища, в якому опинилися сторони договору.

У випадку відмови другої сторони договору домовлятися про зміну його умов спір вирішується судом. Найчастіше це відбувається при зміні тарифів, цін на паливо та на регульовані ціни на певні товари, банківських ставок тощо. Зміна умов договору з істотних обставин допускається за рішенням суду у виняткових випадках, коли розірвання договору суперечить суспільним інтересам або потягне для сторін шкоду, яка значно перевищує

затрати, необхідні для виконання договору на умовах, змінених судом (ч. 4 ст. 652 ЦК України). Договір може бути змінений за рішенням суду на вимогу зацікавленої сторони за наявності одночасно таких умов:

- в момент укладення договору сторони вважали, що така зміна обставин не настане;

- зміна обставин зумовлена підставами, які заінтересована сторона не може усунути після їх виникнення при всіх можливостях, які від неї вимагалися;

- виконання договору порушило б майнові інтереси сторін і позбавить б заінтересовану сторону того, на що вона розраховувала при укладенні договору;

- із умов договору ділового обороту не випливає, що ризик зміни обставин несе заінтересована сторона.

Доводити суттєві зміни обставин повина сторона, що заявила відповідно вимогу про зміну або розірвання договору. У разі розірвання договору внаслідок істотної зміни обставин суд, на вимогу будь-якої із сторін, визначає наслідки розірвання договору виходячи з необхідності справедливого розподілу між сторонами витрат, понесених ними у зв'язку з виконанням цього договору. Крім наведених, Цивільний кодекс України передбачає й інші підстави для розірвання або зміни договору, наприклад, довічного утримання (догляду) у зв'язку з неможливістю його подальшого виконання набувачем з підстав, що мають істотне значення (ч. 2 ст. 756 ЦК України). Наймач має право вимагати зменшення плати, якщо через обставини, за які він не відповідає, можливість користування майном істотно зменшилася (ч. 4 ст. 762 ЦК України).¹⁶⁶

Правові наслідки при розірванні або зміні договору У разі зміни договору зобов'язання сторін змінюються відповідно до змінених умов щодо предмета, термінів виконання, місця тощо. Оскільки перелік змін, наведених

¹⁶⁶ <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v6602323-14#Text>

у ч. 1 ст. 653 ЦК України, не є вичерпним, змін можуть зазнавати й інші умови договору, як правило, спосіб забезпечення виконання, додаткові вимоги про відповідальність, права та обов'язки сторін, тощо. Не можна вважати змінами до договору заміну його сторін (ст. 512 ЦК України). У разі розірвання договору зобов'язання сторін припиняються.

В момент розірвання або зміни умов договору зобов'язання припиняється або змінюється з моменту настання домовленості про зміну або розірвання договору, якщо інше не встановлено договором. Якщо істотні умови договору змінюються або взагалі розривається на підставі рішення суду, зобов'язання по договору змінюється або припиняється з моменту набрання рішенням суду законної сили. Сторони не наділені правом вимагати повернення компенсації за виконану роботу за зобов'язанням до моменту зміни або розірвання договору, якщо інше не обумовлено договором або нормативними актами. Якщо договір було змінено або розірвано у зв'язку з істотними порушеннями договору однією стороною, друга сторона в праві вимагати відшкодування завданих збитків, у зв'язку зі зміною або розірванням договору.¹⁶⁷

Зміна або розірвання договору вчиняється в такій самій формі, що й договір, що змінюється або розривається, якщо інше не встановлено договором або законом чи не впливає із звичаїв ділового обороту. Так, якщо договір був нотаріально посвідчений, договір про його зміну також підлягає нотаріальному посвідченню. Водночас у Цивільному кодексі України не зазначено, яке значення має державна реєстрація договору для випадків внесення до нього змін або його розірвання. Натомість, якщо договір був зареєстрований, то й зміни до нього, а також його розірвання підлягають державній реєстрації.¹⁶⁸

Зміна та розірвання договору за згодою сторін допускається без обмежень і без установа в Цивільному кодексі України та у цивільному

¹⁶⁷ <https://wiki.legalaid.gov.ua/index.php>

законодавстві переліку підстав для цього. Разом з тим, в загальних правилах існують винятки, коли законом встановлюється заборона на внесення змін в договір, зокрема, з моменту вираження третьою особою наміру скористатися своїм правом сторони не можуть розірвати або змінити договір без згоди третьої особи, якщо інше не встановлено договором або законом (ч. 3 ст. 636 ЦК України).

Зміна та розірвання договору діє лише на майбутнє, що принципово відрізняє їх від визнання правочину недійсним. Тому невірною є вимога про визнання договору недійсним і його розірвання, бо одне виключає інше. З того, що наслідки розірвання або зміни договору діють лише на майбутнє, впливає й те, що сторони не мають права вимагати повернення виконаного ними за зобов'язанням до моменту зміни або розірвання договору, якщо інше не встановлено договором або законом (ч. 4 ст. 653 ЦК України).

Одностороння відмова від договору від розірвання договору необхідно відрізнити односторонню повну або часткову відмову від договору, яка можлива лише у випадках, передбачених законом. Тобто в цьому випадку достатньо волевиявлення однієї зі сторін без згоди другої (інших) та без звернення до суду. Особа, яка здійснила односторонній правочин, має право на відмову від нього, якщо інше не передбачено законом. Якщо відмовою від правочину порушено права іншої особи, ці права підлягають захисту відповідно до діючого законодавства. Особи, які вчинили дво- або багатосторонній правочин, мають право за взаємною згодою сторін, відмовитися від нього, навіть і в тому разі, якщо його умови повністю ними виконані, у випадках, передбачених законом. Відмова від правочину здійснюється в тій самій формі, в якій було вчинено правочин.

Правові наслідки відмови від правочину встановлюються домовленістю сторін або за законом. У разі односторонньої відмови від договору частково або у повному обсязі при встановленій відмові відповідно до договору або законом, договір є відповідно розірваним або зміненим. Право на відмову від договору може встановлюватись договором.

ЦК України передбачає можливість односторонньої відмови, зокрема від договору найму, купівлі-продажу, дарування, ренти, позички, підряду тощо.

Прикладом допустимості відмови від договору є частина 2 статті 678 Цивільного кодексу України, в якій передбачено, що у разі істотного порушення вимог щодо якості товару (виявлення недоліків, які не можна усунути, усунення яких пов'язане з непропорційними витратами або затратами часу, недоліків, які виявилися неодноразово чи з'явилися знову після їх усунення) покупець має право на відмову від договору та вимагати повернення сплаченої грошової суми за товар. Дарувальник має право вимагати розірвання договору дарування, якщо внаслідок недбалого ставлення обдаровуваного до речі, що становить наукову, культурну історичну цінність, ця річ може бути знищена або істотно пошкоджена.

Отже, як правило, допустимість відмови однієї зі сторін від договору є способом захисту прав та законних інтересів, щодо незахищеної сторони договору, наприклад, замовник має право на будь якій стадії відмовитися від договору побутового підряду, сплативши підрядникові частину встановленої ціни роботи пропорційно виконаній роботі, фактично виконаній до моменту повідомлення про відмову від договору, та відшкодувавши йому витрати в повному об'ємі, здійснені до цього моменту з метою виконання договору, якщо вони не становлять частину ціни роботи, яка підлягає сплаті.

Поширеною допустима одностороння відмови від такого договору, умови якого відображає сутність відносин між сторонами. Так, дарувальник вправі відмовитися від договору дарування до вручення речі обдаровуваному, якщо він передав річ організації транспорту, зв'язку або іншій особі для вручення її обдаровуваному, тобто якщо ця річ ще не потрапила до обдаровуваного, а також якщо після його укладення майновий стан дарувальника істотно змінився не в кращу сторону.

Користувач вправі в будь-який час відмовитися від договору позички. За своєю природою одностороння відмова від договору являє собою

односторонній правочин, а отже, до неї застосовуються вимоги щодо визнання дійсності правочину. Щодо форми цього правочину, то внаслідок того, що Цивільний кодекс України не містить спеціальних правил стосовно цього, слід застосовувати частину 1 статті 205 ЦК України щодо можливості сторін правочину обирати його форму.

Договір фінансових послуг є самостійним договірним, цивільно-правовим правочином у сфері підприємницької діяльності, внаслідок диференціації зобов'язань. Такий вид договору поєднує зобов'язання з надання послуг грошово-кредитного характеру та має становити загальні правила застосування для кожного із зобов'язань.¹⁶⁹

Таким чином, породжений економічними перетвореннями договір про надання фінансових послуг набуває своєї актуальності, що в подальшому підвищує соціальну цінність цивільного права, як базової науки про цивільно-договірні відносини.

2.4. Деліктні зобов'язання

Починаючи зі здобуття незалежності та по сьогоднішній день Україна продовжує розбудову демократичної правової держави та становлення громадянського суспільства. Центральним та непорушним об'єктом особливої уваги, зокрема, на законодавчому рівні, залишаються права і свободи людини. Прийнятий Україною курс з розбудови правової держави покладає на неї не тільки обов'язок визнання природних прав і свобод людини, а також із забезпечення реалізації цих прав, які закріплені як в Конституції України, а також врегульовані іншими законами України та підзаконними нормативно-правовими актами. Одним, з таких основних законодавчих актів України, прийнятих у відповідності до Основного закону є Цивільний кодекс України.

¹⁶⁹ <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2664-14#Text>

Важливою гарантією прав і свобод громадян є закріплене в законодавстві право на відшкодування завданої шкоди. Такі гарантії закріплені, зокрема, в цивільному законодавстві, яке передбачає відшкодування завданої шкоди як у випадку не виконання договірних зобов'язань, так і у випадку відсутності таких зобов'язань (позадовірні, недоговірні), тобто деліктні зобов'язання.

Так, відповідно до п. 3 ч. 2 ст. 11 Цивільного кодексу України однією з підстав виникнення цивільних прав та обов'язків є завдання майнової (матеріальної) та моральної шкоди іншій особі. Така шкода особі може бути завдана як у зв'язку з невиконанням або неналежним виконанням договірного зобов'язання, так і у зв'язку з деліктом (недоговірним зобов'язанням).

Якщо договірні зобов'язання виникають із договорів та інших правомірних актів і регулюють відносини в їх нормальному (непорушеному) стані, то деліктне зобов'язання виникає під час порушення права, яке не пов'язується з порушенням конкретного зобов'язання між сторонами, тобто порушення абсолютних суб'єктивні прав особи.

Статтею 15 Цивільного кодексу України закріплено право кожної особи на захист свого цивільного права у разі його порушення, невизнання або оспорювання, а також право на захист свого інтересу, який не суперечить загальним засадам цивільного законодавства. В сучасному законодавстві України одним із найефективніших цивільно-правових засобів захисту прав та інтересів особи є відшкодування шкоди, що здійснюється в рамках цивільних правовідносин, до яких належать і деліктні зобов'язання.

Деліктне зобов'язання інколи називають «зобов'язання із правопорушення» виходячи з самого визначення делікту (ід лат. *delictum* – правопорушення, провина, проступок). Тобто, такі зобов'язання виникають не під час порушення договірних умов, договору, а саме під час порушення безпосередньо прав особи, тому такий вид зобов'язання має правозахисну (правоохоронну) функцію щодо відшкодування шкоди потерпілій особі.

Метою деліктного зобов'язання є забезпечення відновлення прав особи, яка зазнала шкоди за рахунок винної особи – заподіювача шкоди або особи, яка відповідає за таку шкоду, а тому норми, які регулюють правила відшкодування шкоди носять імперативний характер, виключаючи розсуд сторін при визначенні умов їх виникнення і розміру відшкодування.

Слід зазначити, що більшість вітчизняних науковців звертаються до римського приватного права під час надання визначення та підстав виникнення деліктних зобов'язань у цивільному праві України. Це пов'язано зі значенням останнього для формування основних інститутів цивільного права країн романо-германської правової сім'ї.

Якщо звернутись до історичних витоків деліктних зобов'язань, то саме делікти були найпершими серед зобов'язань з часів їх виникнення римського приватного права. Це пов'язано з переважним невторчанням в ті часи держави до відносин між приватними особами, а тому захист своїх прав та інтересів не був гарантований і залежав від самих потерпілих осіб.

Вже під час становлення римського права було визначено делікт як протиправні дії, які в свою чергу поділялись в залежності від наслідків на публічні делікти (*delicta publica*) і приватні делікти (*delicta privata*). Публічними деліктами вважались протиправні дії, що порушували інтереси держави в цілому і були підвідомчі кримінальному суду. Приватні делікти відносились до протиправних дії щодо прав та інтересів тільки приватних осіб і розглядались цивільним судом.

Однак, чіткий поділ деліктів на публічні та приватні у Стародавньому Римі відбувся лише у часи імперії. Лише після того, як на законодавчому рівня було заборонено помсту, приватні делікти стали джерелом зобов'язань та тягли за собою відшкодування збитків, що суттєво відрізнялось від публічного делікту, який переслідувався державою та передбачало публічне покарання.

Незважаючи на те, що до періоду імперії римська система приватних деліктів зазнала значних змін, проте римське право ніколи не дійшло до

певного загального принципу, у силу якого підлягала б відшкодуванню будь-яка майнова шкода, заподіяна протиправною дією, а діяння визнавалося деліктом лише у разі, якщо існувала відповідна особлива норма про даний рід діянь, – якщо воно було віднесено до числа деліктів тодішнім законом.

На відміну від римського приватного права, сучасне деліктне право України ґрунтується на принципі генерального делікту. І це є істотною відмінністю правового регулювання деліктних відносин у Стародавньому Римі та у сучасній Україні.

Заслуговують також уваги дослідження С. Гринько, згідно яких тривалий час в юридичній літературі йшла дискусія щодо визнання шкоди підставою чи однією із обов'язкових умов виникнення деліктних зобов'язань. Це було зумовлено історією розвитку правової категорії «шкода» та рецепцією основних ідей римських юристів національними правовими системами. Зокрема, французькі юристи досить широко тлумачать поняття шкоди. Вони розрізняють як майнову, так і немайнову шкоду (*immaterielle*), зокрема моральну (*dommage morale*). Однак для деліктного права немає значення, шкоди завдано особі чи її майну.

За дослідженнями С. Гринько, вперше в Україні здійснено спробу комплексного аналізу шкоди як обов'язкової умови виникнення деліктних зобов'язань за візантійським, литовсько-польським, українським, російським цивільним законодавством українських земель XVI–XIX ст., а також доведено вплив ідей і положень римського приватного права на формування інституту деліктних зобов'язань України. Вказівка на наявність шкоди як умови виникнення деліктних зобов'язань містилася у змісті окремих статей Статуту Великого князівства Литовського 1588 р. (ЛС 1688 р.), Зібрання Малоросійських прав 1807 р. (ЗМП 1807 р.), Загального цивільного уложення Австрійської імперії 1811 р. (ЗЦУ Австрійської імперії 1811 р.), Зводу законів цивільних Російської імперії 1842 р. (ЗЗЦ 1842 р.), проекту Цивільного уложення Російської імперії 1905 р. (проект ЦУ 1905 р.) та інших найдавніших кодифікацій українських земель. Законодавець розкривав зміст

шкоди для окремих деліктів, але не визначав саме поняття шкоди та не називав його визначальних правових категорій. Відсутнє визначення шкоди і в правовій доктрині тих часів, що пояснюється, з одного боку, її недосконалістю (майже відсутністю), а з іншого – конструкцією інституту деліктних зобов'язань за системою спеціальних деліктів¹⁷⁰.

Поняття зобов'язання відшкодування шкоди можна розглянути як правовідносини та інститут права.

Зобов'язання відшкодування шкоди як правовідносини полягають у зв'язку між суб'єктами цивільних відносин з приводу відшкодування шкоди. У той же час, такі зобов'язання, як окремий інститут права, розглядають як сукупність вимог та норм, що регулюють правовідносини щодо відшкодування завданої шкоди.

Правовідносини з відшкодування шкоди та правовий інститут відшкодування шкоди між собою нерозривно пов'язані, оскільки відносини з виникненням взаємних цивільних прав та обов'язків потребують правового врегулювання, а тому відшкодування шкоди є результатом реалізації норм цивільного законодавства про відшкодування шкоди, у зв'язку з чим під час визначення основних ознак зобов'язань відшкодування шкоди необхідно враховувати обидва поняття.

На сьогоднішній день концептуальний підхід до визначення поняття, функцій та наслідків зобов'язань відшкодування шкоди в розрізі цивільного законодавства України полягає саме у визначення зобов'язання відшкодування шкоди як правового інституту. Згідно з таким підходом до визначення зобов'язання відшкодування шкоди являють собою впорядковані відповідним чином норми цивільного законодавства, які регулюють відносини, що виникають між суб'єктами цивільних відносин.

¹⁷⁰ Гринько С. Д. Шкода як умова виникнення деліктних зобов'язань за дореволюційним правом України: порівняльно-правовий аналіз //Приватне право і підприємництво: збірник наукових праць.–2011.–Вип. – 2018. – Т. 11. – С. 31-35.

Характеристика правового інституту зобов'язань відшкодування шкоди здійснюється через визначення відповідних властивостей зазначених зобов'язань, передбачених цивільним законодавством, із врахуванням методу правового регулювання цивільних відносин відшкодування шкоди, у зв'язку з чим спростовується поширена серед науковців точка зору щодо гіпотези, що регулювання недоговірних зобов'язань з відшкодування шкоди регулюються на засадах публічного права.

Таким чином, особливості регулювання правовідносин з відшкодування шкоди виступають через правонаділяючий та імперативний елементи. Не дивлячись на те, що у більшості цивільних правовідносин метод правового регулювання є диспозитивним, у зазначених правовідносинах щодо відшкодування шкоди переважає саме метод імперативний, у зв'язку з чим у відповідних нормах цивільного законодавства виступає як публічно-правовий.

З урахуванням викладеного можна дійти до висновку, що зобов'язання відшкодування шкоди як правовий інститут виступає як наслідок втілення правових норм в рамках недоговірних правовідносин у зв'язку із завданням шкоди через застосування імперативного припису вимог цивільного законодавства, в рамках якого потерпіла особа, або особа, зазначена у чинному законодавстві, має право на відшкодування шкоди заподіювачем у повному обсязі.

Вивчення наявні в науковій літературі поняття функцій деліктних зобов'язань допомагає дійти до висновків щодо основних методів впливу на правовідносини, що виникають у зв'язку з заподіянням шкоди. Тобто такі функції виступають головними напрямками впливу на цивільні відносини в рамках заподіяної шкоди з метою їх впорядкування.

При характеризуванні функцій деліктних зобов'язань слід звернутись до характеристики функцій цивільного права через структуру їх системи функцій за групами:

- загально-правові функції;

- загально-цивілістичні функції;
- специфічні функції;
- особливі функції окремих інститутів цивільного права.

Так, групу загально-правових функцій в свою чергу можна розділити за наступними напрямками впливу:

- 1) превентивна функція;
- 2) інформативна функція;
- 3) регулятивна функція;
- 4) захисна функція.

В свою чергу функції деліктних зобов'язань, хоча і входять до загальної системи функції цивільного права та є тотожними функціям цивільно-правової відповідальності, однак мають свою систему за напрямками впливу:

- 1) компенсаційна функція;
- 2) каральна функція;
- 3) виховна функція.

Компенсаційна функція деліктного зобов'язання полягає у безпосередньому відшкодуванні завданої шкоди особою, яка її завдала, або особою, яка зазначена чинним законодавством, тобто відновлення порушеного права через грошовий еквівалент.

Каральна функція необхідна для притягнення осіб, якими завдано шкоду, до відповідальності, полягає в осуді, позбавленнях особистісного та майнового характеру.

Що стосується виховної функції деліктного зобов'язання, то така функція направлена на індивідуальну та суспільну свідомість щодо наслідків протиправності дій, попередження подальших випадків застосування шкоди, має превентивний характер (Рис. 1).

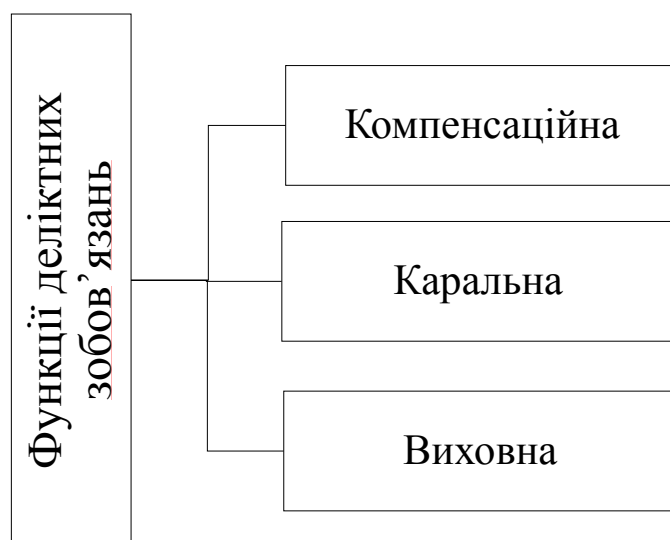


Рис. 1. Функції деліктних зобов'язань

Зазначені функції деліктного зобов'язання застосовуються до випадків, коли шкоду завдано винною особою. Однак, чинним цивільним законодавством передбачені випадки, коли шкода завдана не в результаті прямих винних дій іншої особи. У таких випадках, з-поміж перелічених функцій деліктного зобов'язання, слід застосовувати лише одну – компенсаційну функцію.

Аналізуючи поняття та функції деліктних зобов'язань, можна підсумувати, що обов'язковою умовою для виникнення деліктного зобов'язання до конкретної особи – є протиправність дій – вчинення дії, що суперечить закону і завдає шкоди суспільству, державі або особі.

Статтею 1166 Цивільного кодексу України передбачено, що зобов'язання з відшкодування шкоди внаслідок неправомірних рішень, дії чи бездіяльності особистим немайновим правам фізичної або юридичної особи, а також шкода, завдана майну фізичної або юридичної особи у повному обсязі за рахунок заподіювача такої шкоди. Виходячи з законодавчого

визначення гарантій захисту особистих майнових та немайнових прав слід зазначити, що деліктні зобов'язання завжди мають майнових характер.¹⁷¹

Таким чином, деліктні зобов'язання – це зобов'язання, у яких потерпіла сторона набуває права вимагати від іншої сторони – заподіювача шкоди повного відшкодування шкоди внаслідок протиправних (неправомірних, незаконних) дій шляхом надання майна в натурі або відшкодування завданих збитків.

Слушної думки під час дослідження комутативної справедливості у цивільних деліктних зобов'язаннях дійшов С. Галкевич, що деліктне право «коригує» несправедливість шляхом відшкодування повної вартості втрат відповідальною стороною, таким чином, відбувається зворотна передача, зворотний перерозподіл ресурсів (allocation back). Таке розуміння комутативної справедливості походить ще від вчення Аристотеля, який виділив загальну і приватну справедливість (при цьому саме остання й була розділена ним на дистрибутивну і комутативну). Давньогрецький мислитель метафорично характеризував комутативну справедливість з позиції «арифметичної рівності».

Таким чином, якщо вчиненням делікту заподіюється шкода, одночасно він стає «вигодою» для деліквента і «втратою» для потерпілого, то комутативна справедливість виконує роль взаємовідношення між даною втратою і вигодою. З метою відновлення арифметичної рівності вартість витрат повинна бути перенесена з потерпілого на деліквента. Відповідно, компенсація в такому разі індивідуально-персоналізована, тобто для свого здійснення вимагає ідентифікації відповідача, причому без урахування його внутрішніх мотивів, ступеня усвідомленості і свободи вчинення дій.¹⁷²

У зв'язку з тим, що деліктні зобов'язання виникають між конкретно визначеними особами, такі зобов'язання мають відносний характер, а тому,

¹⁷¹ Цивільний кодекс України: Кодекс від 16 січня 2003 р. №435-І (зі змінами та доповненнями) // Офіційний сайт Верховної Ради України - <https://zakon.rada.gov.ua/>.

¹⁷² Галкевич С.В. Деякі аспекти застосування комутативної справедливості у цивільних деліктних зобов'язаннях. Підприємництво, господарство і право. 2018. №8.С. 14-17.

як і будь-які відносні зобов'язання, мають свій склад, який складається з наступних елементів: сторони (потерпіла сторона та заподіювач, або особа, яка відповідає за заподіювання шкоди); зміст (права та обов'язки сторін); предмет (Рис. 2).

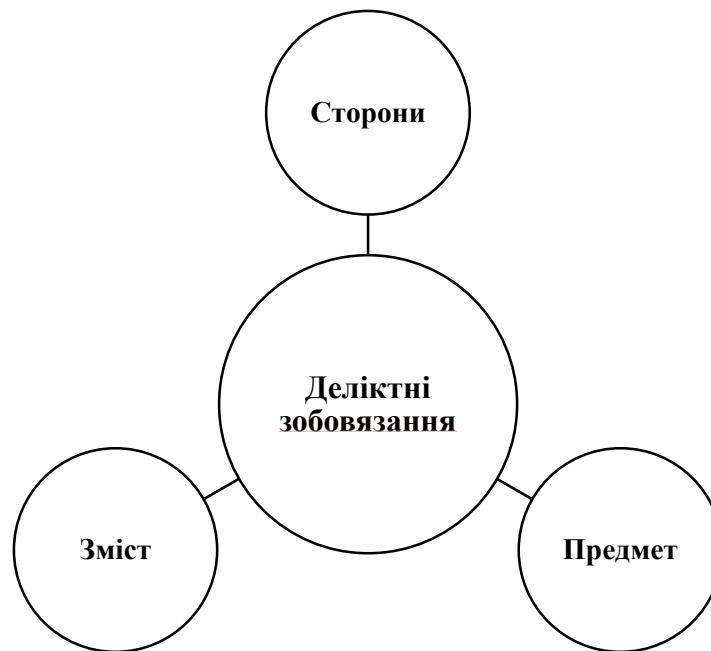


Рис. 2 Склад деліктних зобов'язань

Враховуючи той факт, що деліктні зобов'язання відносяться до охоронних цивільних відносин, то вони відносяться до односторонніх зобов'язань, в яких одна сторона (потерпіла) має лише права, а інша сторона (заподіювач шкоди) має лише обов'язки. Таким чином, враховуючи зазначену характеристику складу деліктних зобов'язань, можна дійти до висновку щодо суб'єктного складу цих зобов'язань, а саме: особа, що потерпіла від шкоди (кредитор), яка має право вимагати відшкодування завданої шкоди, та особа, яка зобов'язана відшкодувати шкоди (боржник).

Не дивлячись на те, що у більшості наукових досліджень та джерел потерпіла особа і кредитор ототожнюються, однак існують зобов'язання, в яких такі кредитор та потерпілий не узагальнюються в одній особі.

Так, згідно зі ст. 1200 Цивільного кодексу України у разі смерті потерпілого право на відшкодування шкоди (тобто, є кредиторами) мають непрацездатні особи, які були на його утриманні або мали на день його смерті право на одержання від нього утримання, а також дитина потерпілого, народжена після його смерті. Таким чином, потерпілою особою визнається загиблій, однак право на відшкодування шкоди надається іншим особам.

Таким самим прикладом зіставлення понять сторін в деліктних зобов'язаннях є співставлення поняття боржника та винної у завданні шкоди особи. Так, чинним цивільним законодавством передбачені випадки відшкодування шкоди іншою особою, зокрема, державою (наприклад - ст. 1176 ЦК України - завдання шкоди органом дізнання, попереднього (досудового) слідства, прокуратури або суду).

Таким чином, не дивлячись на те, у спорах про відшкодування шкоди застосовуються такі поняття: потерпілий, кредитор, заподіювач, боржник, у деліктних зобов'язаннях визначаються лише дві сторони – кредитор та боржник.

На підставі викладеного, можна дійти до висновку, що і кредитором, і боржником у зобов'язаннях відшкодування шкоди, за загальним правилом, можуть бути будь-які учасники цивільних відносин. Зокрема, кредитором (потерпілим) може бути будь-яка фізична особа (у тому числі іноземець і особа без громадянства), а також юридична особа. За певних умов кредитором (потерпими) можуть також бути держава, територіальна громада, Автономна Республіка Крим та інші соціально-публічні утворення (ст. 1173, 1174, 1176 та ін. ЦК України). Разом із тим, боржником (особою, зобов'язаною відшкодувати шкоду) може бути фізична особа, юридична особа, держава або інше соціально-публічне утворення. У разі, коли охоронні правовідносини відшкодування шкоди є одночасно правовідносинами цивільно-правової недоговорної відповідальності, боржником у них може бути лише деліктоздатна особа або соціально-публічне утворення.

Щодо об'єкта зобов'язань відшкодування шкоди, то до нього відноситься компенсація, яку боржник зобов'язаний надати кредитору. Так, діяльність суб'єктів правовідносин відшкодування шкоди спрямовується на поновлення або компенсацію завданої шкоди у вигляді пошкоджених благ, і таким чином, об'єктом є не саме благо, а компенсація знищеного або пошкодженого блага.

На сьогоднішній день існує помилкова думка, щодо ототожнення об'єкта, якому завдано шкоди та об'єкт деліктного зобов'язання. Так, об'єкт, якому в рамках правовідносин завдано шкоди є об'єктом правової охорони та є причиною виникнення правовідносин з відшкодування шкоди. Деякі наукові джерела при дослідженні деліктних зобов'язань, виділяють такий об'єкт як предмет деліктних зобов'язань. До нього можна віднести майнові, особисті немайнові блага сторін, їх права та інтереси.

Що стосується об'єкту деліктного зобов'язання, то ним виступає обов'язок із відшкодування завданої шкоди, тобто це поведінка, дії боржника (особи, що завдала шкоду або особи, на яку покладено законом обов'язок відшкодування), які завжди мають майновий характер.

Відповідно до вимог чинного цивільного законодавства, зокрема, ст. 1192 Цивільного кодексу України, на боржника покладається обов'язок з відшкодування завданої шкоди у повному обсязі у якості грошової компенсації або в натурі через відновлення порушеного права шляхом виправлення, відновлення ушкодження або повернення майна. Такий перелік з відшкодування шкоди в натурі не є вичерпним. Таким чином, об'єктом правовідносин з відшкодування шкоди виступають самі дії боржника з відновлення порушеного права або компенсації.

Як і будь які цивільні правовідносини, зміст деліктних зобов'язань складають суб'єктивні права та обов'язки суб'єктів зобов'язання, а саме право потерпілого (кредитора) на відшкодування завданої йому шкоди та обов'язок боржника (особи, яка завдала шкоди) відшкодувати (компенсувати) завдану шкоду. Такий обов'язок боржника законодавчо

визначено в майновому еквіваленті. Під час такого відшкодування шкоди боржником відновлення порушеного права у повному обсязі не відбувається, однак такі дії направлені на компенсування такої шкоди та лише певною мірою «покриває» збитки.

Так, постановою Пленуму Верховного Суду України від 27.03.1992 № 6 «Про практику розгляду судами цивільних справ за позовами про відшкодування шкоди» визначено, При визначенні розміру відшкодування шкоди, заподіяної майну, незалежно від форм власності, судам належить виходити з положень ст. 453 ЦК України, статей 48, 51, 52, 54, 56, 57 Закону України «Про власність». Зокрема, слід враховувати, що відшкодування шкоди шляхом покладення на відповідальну за неї особу обов'язку надати річ того ж роду і якості, виправити пошкоджену річ, іншим шляхом відновити попереднє становище в натурі, застосовується, якщо за обставинами справи цей спосіб відшкодування шкоди можливий. Коли відшкодування шкоди в натурі неможливе, потерпілому відшкодовуються в повному обсязі збитки відповідно до реальної вартості на час розгляду справи втраченого майна, робіт, які необхідно провести, щоб виправити пошкоджену річ, усунути інші негативні наслідки неправомірних дій заподіювача шкоди. Як при відшкодуванні в натурі, так і при відшкодуванні заподіяних збитків грошми потерпілому на його вимогу відшкодовуються неодержані доходи у зв'язку з заподіянням шкоди майну.

Якщо для відновлення попереднього стану речі, що мала певну зношеність (наприклад, автомобіля), були використані нові вузли, деталі, комплектуючі частини іншої модифікації, що випускаються взамін знятих з виробництва однорідних виробів, особа, відповідальна за шкоду, не вправі вимагати врахування зношеності майна або меншої вартості пошкоджених частин попередньої модифікації. Зношеність пошкодженого майна

враховується у випадках стягнення на користь потерпілого його вартості (при відшкодуванні збитків).¹⁷³

Також, цивільним законодавством передбачено відшкодування завдання як майнової, так і особистої немайнової (моральної) шкоди. Однак, на сьогоднішній день відсутнє законодавче закріплення прямого визначення пропорційності співвідношення завданої моральної шкоди та її відшкодування.

Так, згідно з п. 3 постанови Пленуму Верховного Суду України від 31.03.1995 № 4 «Про судову практику в справах про відшкодування моральної (немайнової) шкоди», під моральною шкодою слід розуміти втрати немайнового характеру внаслідок моральних чи фізичних страждань, або інших негативних явищ, заподіяних фізичній чи юридичній особі незаконними діями або бездіяльністю інших осіб.¹⁷⁴

Відповідно до п. 9 вказаної постанови Пленуму Верховного Суду України від 31.03.1995 № 4, розмір відшкодування моральної (немайнової) шкоди суд визначає залежно від характеру та обсягу страждань (фізичних, душевних, психічних тощо), яких зазнав позивач, характеру немайнових втрат (їх тривалості, можливості відновлення тощо) та з урахуванням інших обставин. Зокрема, враховуються стан здоров'я потерпілого, тяжкість вимушених змін у його життєвих і виробничих стосунках, ступінь зниження престижу, ділової репутації, час та зусилля, необхідні для відновлення попереднього стану, добровільне - за власною ініціативою чи за зверненням потерпілого - спростування інформації редакцією засобу масової інформації. При цьому суд має виходити із засад розумності, виваженості та справедливості.

¹⁷³ Про практику розгляду судами цивільних справ за позовами про відшкодування шкоди [Електронний ресурс] // Постанова Верховного суду України від 27.03.1992 № 6. – 1992. – Режим доступу до ресурсу: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v0006700-92#Text>.

¹⁷⁴ Про судову практику в справах про відшкодування моральної (немайнової) шкоди [Електронний ресурс] // Постанова Верховного суду України від 31.03.1995 № 4. – 1995. – Режим доступу до ресурсу: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v0004700-95#Text>.

У випадках, коли межі відшкодування моральної шкоди визначаються у кратному співвідношенні з мінімальним розміром заробітної плати чи неоподатковуваним мінімумом доходів громадян, суд при вирішенні цього питання має виходити з такого розміру мінімальної заробітної плати чи неоподаткованого мінімуму доходів громадян, що діють на час розгляду справи.

Таким чином, фактично на сьогоднішній день відсутні будь-які формули розрахунку, співвідношення міри заподіяної шкоди та її подальшого відшкодування (компенсації), а лише надані рекомендації для судів щодо проведення такого розрахунку під час прийняття судового рішення.

Аналіз роз'яснень Пленуму Верховного Суду України, викладених у вищевказаних постановках наводить на висновок, що у випадку завдання особі майнової шкоди передбачається проведення розрахунку у відповідності до фактично понесених збитків, у той час, коли завдання шкоди вчиняється життю, фізичному або душевному здоров'ю, соціальним зв'язкам тощо, відновлення порушеного права повною мірою неможливе та передбачає лише часткову компенсацію у грошовому еквіваленті.

Однак, виконанню деліктного зобов'язання у вигляді відшкодування шкоди передують підстави виникнення таких зобов'язань, юридичні факти, які охоплюються главою 82 Цивільного кодексу України та складають окрему (спеціальну) групу охоронних правовідносин. Цивільне законодавство України передбачає поділ підстав відшкодування шкоди на дві групи: загальні та спеціальні умови виникнення деліктних зобов'язань.

Так, до загальних умов виникнення деліктних зобов'язань відносяться:

- 1) факт завдання шкоди;
- 2) протиправність дій особи, якими завдано шкоду;
- 3) причинно-наслідковий зв'язок між шкодою та протиправними діями особи;
- 4) вина особи, яка завдала шкоду. (Рис. 3)

Такі умови є загально-правовими, оскільки для настання зобов'язання необхідна їх в усіх випадках, за винятком тих, щодо яких законодавством визначено спеціальні (додаткові) вимоги. Такі спеціальні умови виникнення зобов'язань відшкодування шкоди передбачаються конкретними нормами Цивільного кодексу України та інших нормативно-правових актів цивільного законодавства в залежності від суб'єктного складу, об'єктів.

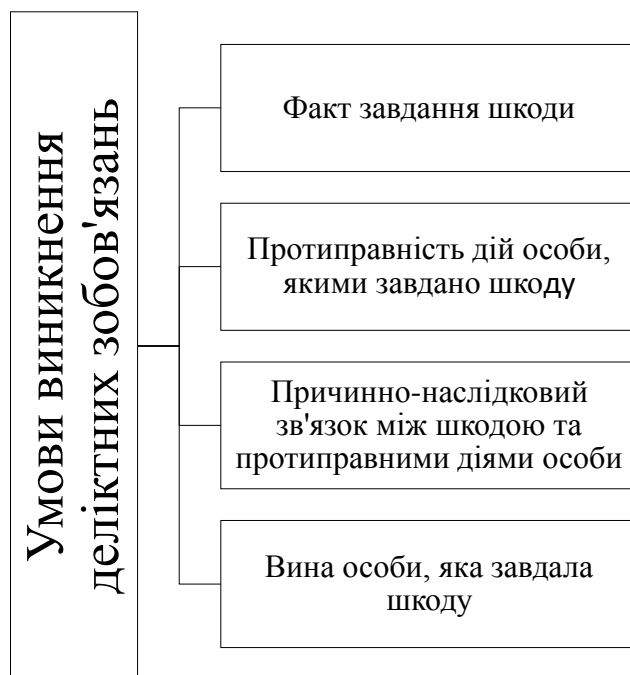


Рис. 3. Умови виникнення деліктних зобов'язань

Цивільним кодексом України виділені різновиди підстав виникнення таких зобов'язань, дію яких неможливо змінити за згодою сторін: відшкодування одними особами за шкоду, завдану іншими особами (ст. 1176, 1177, 1178 ЦК України); відшкодування шкоди без вини заподіювача (ст. 1187 ЦК України); відшкодування шкоди внаслідок неправомірних дій заподіювача.

Систему деліктних зобов'язань можна поділити на загальний делікт та спеціальний.

Загальний делікт полягає у наступному:

- відшкодування шкоди незалежно від того, ким і кому така шкода завдана;
- факт завдання шкоди особі або майну незалежно від того, у сфері яких відносин її було заподіяно, визнається протиправним, якщо особа, котра завдала шкоду, не доведе, що діяла вона правомірно;
- обов'язковий наявний зміст порушення цивільних прав, який складається з таких елементів: шкода, протиправна поведінка, причинно-наслідковий зв'язок між завданою шкодою та такою поведінкою, а також вина заподіювача.

Такий делікт зазначений у ст. 1166-1168 Цивільного кодексу України у вигляді загальних підстав деліктної відповідальності за завдану особисту майнову або немайнову (моральну) шкоду. (Рис. 4)

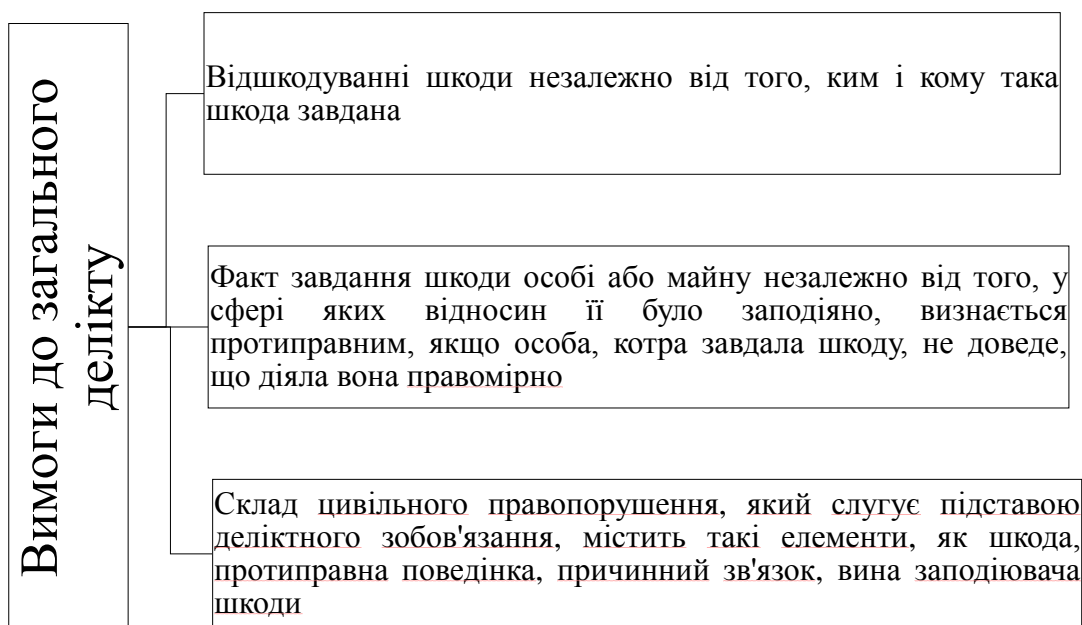


Рис. 4. Вимоги до загального делікту

У свою чергу спеціальний делікт поділяється Цивільним кодексом України на такі види: зобов'язання з відшкодування шкоди, завданої працівником юридичної чи фізичної особи (ст. 1172 ЦК України); органом державної влади, органом влади Автономної Республіки Крим або органом місцевого самоврядування чи їх посадовими особами (ст. 1173-1175 ЦК

України); зобов'язання з відшкодування шкоди, завданої малолітніми, неповнолітніми, недієздатними та особами, які не усвідомлюють значення своїх дій та (або) не можуть керувати ними (ст. 1178-1186 ЦК України); зобов'язання з відшкодування шкоди, завданої незаконними діями органу, що здійснює оперативно-розшукову діяльність, досудове розслідування, прокуратури або суду (ст. 1176 ЦК України); зобов'язання з відшкодування шкоди, завданої джерелом підвищеної небезпеки (ст. 1187-1188 ЦК України); зобов'язання з відшкодування шкоди, завданої каліцтвом, іншим ушкодженням здоров'я або смертю потерпілого (ст. 1195-1208 ЦК України); зобов'язання з відшкодування шкоди, завданої внаслідок недоліків товарів, робіт (послуг) (ст. 1209-1211¹ ЦК України).

Ю. Борисова зазначає, що факт завдання шкоди має юридичне значення і, відповідно, стає підставою для виникнення зобов'язання відшкодувати шкоду лише тоді, коли він відповідає певним вимогам, які називаються «умовами відшкодування шкоди». «У цивільному праві України зазначені умови поділяються на загальні та спеціальні. Загальними є: протиправність поведінки, наявність шкоди, причинний зв'язок між протиправною поведінкою і шкодою, наявність вини. Їх наявність, за загальним правилом, вимагається завжди (хоча закон встановлює і винятки, зокрема – щодо наявності вини). Спеціальні умови додатковими до загальних. Їх наявність вимагається лише у встановлених законом випадках.»¹⁷⁵

Так, Р. Шишка, виходячи з того, що у Главі 82 ЦК України по суті ототожнюються деліктне зобов'язання та деліктна відповідальність, вказує на те, що «перше може бути виконане добровільно і це не є цивільно-правовою відповідальністю», яка «може бути покладена тільки судом і виконана державною виконавчою службою». На його думку, «для переростання

¹⁷⁵ Борисова Ю. Є. Підстави виникнення деліктних зобов'язань у цивільному праві України та США / Ю. Є. Борисова // Вісник ОНУ імені І. І. Мечникова. Правознавство. / Ю. Є. Борисова. – Одеса, 2019. – (Т.24; вип. 1 (34)). – С. 193–199.

деліктного зобов'язання у деліктну відповідальність потрібна додаткова умова, яка є накопичувальним юридичним складом», що охоплює низку юридичних фактів, починаючи від «звернення потерпілого чи інших управнених осіб у суд з позовом про притягнення до цивільно-правової відповідальності за завдання шкоди і примусове її відшкодування» і закінчуючи примусовим виконанням «рішення про притягнення до цивільно-правової відповідальності органом Державної виконавчої служби України.»¹⁷⁶

Слід зазначити, що до спеціальних деліктів не відносяться зобов'язання, які виникають внаслідок правомірних дій, у зв'язку з тим, що делікт передбачає наявність правопорушення, протиправних дій.

Таким чином, чинним законодавством України, що регулює цивільні правовідносини, передбачено, що підставою виникнення деліктних зобов'язань є відповідні юридичні факти. Умови реалізації права на відшкодування завданої шкоди мають певний правовий механізм, спрямований на врегулювання процесу захисту цивільних прав.

Так, цивільне право, зокрема, в рамках якого й деліктне зобов'язання, як в Україні, так і у більшості країн світу у контексті глобалізаційних процесів зазнають певних змін. Проте, зобов'язання з відшкодування шкоди, як правило, у більшості країн світу залишають свої основні особливості незмінними протягом тривалого часу.

Сучасне цивільне право переважної більшості країн світу під впливом глобалізації зазнає певних змін. Не є винятком і деліктне право (як частина цивільного права). Проте, на відміну від інших сфер цивільно-правового регулювання, норми, що регулюють відшкодування шкоди, як правило зберігають особливості, сформовані в окремих країнах протягом тривалих

¹⁷⁶ Цивільне право України: підручник. 2-е вид., перероб. і доп. У 2 частинах / За ред. проф. Р. Б. Шишки (кер. авт. кол.), ч. 2. Особлива. К.: Ліра-К, 2018. 996 с.

історичних періодів. Зазначене твердження є справедливим як щодо деліктного права України, так і щодо деліктного права США.¹⁷⁷

Так, Ю. Борисовою проведений аналіз основних положень цивільного права України та США про підстави виникнення деліктних зобов'язань, відповідно до яких, як за законодавством України підставами виникнення деліктних зобов'язань є певні юридичні факти, такий саме підхід щодо підстав виникнення деліктних зобов'язань за правом існує також в США.

У своїх дослідженнях Ю. Борисова зазначає, що «при цьому необхідно враховувати, що у цивільному праві обох країн факт завдання шкоди має юридичне значення і, відповідно, стає підставою для виникнення зобов'язання відшкодувати шкоду лише тоді, коли він відповідає певним вимогам, які називаються «умовами відшкодування шкоди». У деліктному праві США ще використовується термін «ознаки делікту». <...> У цивільному праві США загальними умовами є: зовнішній прояв вольової поведінки заподіювача у формі дії або бездіяльності, протиправність і шкодоносність поведінки, наявність шкоди, причинний зв'язок між зазначеною поведінкою і шкодою, наявність вини, караність поведінки.

Що стосується «спеціальних умов» («ознак делікту»), то у США, де існує сингулярна система деліктів, саме вони визначають особливості того чи іншого делікту. Крім того, варто зазначити, що у США від наявності певних умов залежить віднесення делікту до того чи іншого виду. Так, наприклад, залежно від ступеня вини заподіювача шкоди, делікти поділяються на умисні, скоєні з необережності та такі, що передбачають відповідальність без вини. Незважаючи на відносну «нерозвиненість» теорії цивільного права у США (порівняно з Україною), американські фахівці здійснювали спроби сформулювати загальне визначення поняття «делікт», яке б містило конститутивні ознаки, властиві всім видам деліктів. Але ці спроби виявилися

¹⁷⁷ Ю. Брисова. Підстави виникнення деліктних зобов'язань у цивільному праві України та США / Ю. Брисова // Вісник ОНУ імені І. І. Мечникова. Правознавство. 2019. Т. 24. / Ю. Є. Брисова. – Одеса, 2019. – С. 193–199.

марними, оскільки в американському деліктному праві не існує єдиної доктрини всіх цивільних правопорушень. Хоча у законодавстві окремих штатів закріплено певні узагальнені поняття».

Слід погодитись з доводами Ю. Борисової, що певні відмінності та особливості правового регулювання деліктних відносин в Україні та США, підставами виникнення деліктних зобов'язань у цивільному праві обох країн є факти завдання шкоди майну фізичної або юридичної особи, або завдання моральної шкоди. При цьому у цивільному праві обох країн факт завдання шкоди має юридичне значення і, відповідно, стає підставою для виникнення зобов'язання відшкодувати шкоду лише тоді, коли він відповідає певним вимогам, які називаються «умовами відшкодування шкоди» (у США – «ознаками делікту»)¹⁷⁸.

Також, у США існують деякі особливості компенсації моральної («психічної») шкоди. Право США передбачає грошове відшкодування (компенсацію моральної шкоди) за навмисне або необережне заподіяння сильного емоційного занепокоєння іншій особі. Якщо моральна шкода заподіяна з необережності та пов'язана з важкими ушкодженнями, вона підлягає компенсації. Але якщо протиправна необережна поведінка заподіює потерпілому тільки моральні страждання, то моральна шкода не підлягає компенсації. У законодавстві США допускається компенсація моральної шкоди внаслідок порушення договірних зобов'язань, коли її виникнення було «природним і передбачуваним»; моральна шкода, що була спричинена неналежною якістю наданих медичних та юридичних послуг.¹⁷⁹

Також, Г. Кінчуком проведений аналіз особливості відшкодування шкоди відповідно до законодавства України та ФРН, відповідно до якого німецьке цивільне право містить необхідні норми, що забезпечують

¹⁷⁸ Ю. Брисова. Підстави виникнення деліктних зобов'язань у цивільному праві України та США / Ю. Брисова // Вісник ОНУ імені І. І. Мечникова. Правознавство. 2019. Т. 24. / Ю. С. Брисова. – Одеса, 2019. – С. 193–199.

¹⁷⁹ В. Надьон. Суб'єктивний обов'язок як елемент змісту цивільних правовідносин : дис. докт. : 12.00.03 / Надьон В. В. – Харків, 2018. – 425 с.

реалізацію відшкодування шкоди. Так, особа, яка зобов'язана відшкодувати шкоду, має відповідно до Німецького цивільного уложення поновити стан, який існував би, якби обставина, що зобов'язує до відшкодування, не настала. Якщо шкода, завдана особі чи майну, підлягає відшкодуванню, кредитор може замість поновлення первинного стану вимагати сплати відповідної кредитор має право призначити особі, що зобов'язана до відшкодування, розумний строк на поновлення первинного стану, заявивши, що зі спливом зазначеного строку він відмовиться від поновлення. Зі спливом терміну кредитор вправі вимагати грошового відшкодування, якщо поновлення первинного стану не відбулося вчасно. При цьому вимога про поновлення первинного стану виключається. Якщо ж поновлення первинного стану неможливе або цього недостатньо для відшкодування шкоди кредитора, зобов'язана особа має відшкодувати шкоду кредитору в грошовій формі.

«До основної особливості відшкодування шкоди в Україні та ФРН належить відновлення порушеного стану потерпілої сторони. У країнах ЄС також передбачається відшкодування шкоди, що впливає як із договірних, так і з позадоговірних зобов'язань. Відшкодування немайнової шкоди у ФРН у певному сенсі наблизилося до законодавчої ситуації, що має місце в Україні.»¹⁸⁰

Багато наукових праць присвячено співвідношенню деліктних зобов'язань та деліктної відповідальності. Такі висновки науковців можна поділити на дві групи: ті, які дотримуються думки, що цивільна відповідальність є первинною стосовно цивільного зобов'язання, а саме зобов'язання і є метою відповідальності; та ті, які вважають, що, навпаки, деліктне зобов'язання виникає раніше, ніж настає деліктна відповідальність, яка є одним з елементів даного правовідношення.

¹⁸⁰ Мошак Г. Г., Кічук Г. З. Особливості відшкодування шкоди відповідно до законодавства України та ФРН. – 2017.

Найвдалішим є співвідношення, згідно якого деліктне зобов'язання та деліктна відповідальність співвідносяться як правовідношення та його результат. Такий підхід до співвідношення зазначених понять передбачає мету деліктного зобов'язання у вигляді настання деліктної відповідальності та підкреслює важливу деталь, як момент виникнення таких категорій.

Таким чином, під час завдання шкоди у заподіювача (боржника) виникає зобов'язання з відшкодування шкоди, проте зазначати про одночасне настання деліктної відповідальності не можна, оскільки відсутній факт зменшення його майнової сфери на користь потерпілого.

На практиці існують факти правовідносин, в яких потерпіла від завдання шкоди особа добровільно відмовляється від такого відшкодування, що фактично звільняє заподіювача (боржника), від її відшкодування. В таких правовідносинах наявне деліктне зобов'язання, проте деліктна відповідальність для такої особи відсутня.

Таким чином, можна дійти до висновку, що в доктрині цивільного права існує різноманіття наукових поглядів щодо співвідношення понять деліктних зобов'язань та деліктної відповідальності, проте найвлучнішим підходом до такого визначення та таким, що більш відповідає реальним обставинам правовідносин, слід вважати зазначені дві категорії як правовідношення (деліктне зобов'язання) та його результат (деліктна відповідальність).

Такий підхід до вирішення цього питання не тільки підтримується низкою відомих науковців у галузі цивільного права (С. Гринько, О. Отрадна тощо).

Слід також звернути увагу на функції, які виконує інститут деліктної відповідальності, які складають наступний перелік:

- 1) превентивна функція;
- 2) каральна функція;
- 3) компенсаційна функція;
- 4) виховна функція.

За своїми функціями деліктна відповідальність співвідноситься з функціями деліктних зобов'язань як тотожні, що також відображене у цивільному законодавстві, а саме у Главі 83 Цивільного кодексу України, який має назву «Відшкодування шкоди», однак вимоги статей, які складають зазначену главу, містять саме підстави відповідальності за завдання такої шкоди. Слід також зазначити, що у разі невиконання обов'язку відшкодувати заподіяну шкоду добровільно, відповідальну особу може бути примушено до його виконання в судовому порядку, а також в подальшому, державні виконавчі органи. Отже, деліктна відповідальність забезпечується державним примусом обов'язок відповідальної особи відшкодувати заподіяну потерпілій особі шкоду заподіювачем або особою, яку зобов'язано за законодавством України.

Таким чином, співвідношення понять деліктних зобов'язань та деліктної відповідальності на сьогоднішній день є дискусійним питанням серед науковців та потребує більш детального вивчення, яке згодом може мати своє відображення у змінах до цивільного законодавства.

Підсумовуючи вищевикладене, слід зробити висновок, що важливою гарантією прав і свобод громадян є закріплене в законодавстві право на відшкодування завданої шкоди. Такі гарантії закріплені, зокрема, в цивільному законодавстві, яке передбачає відшкодування завданої шкоди як у випадку не виконання договірних зобов'язань, так і у випадку відсутності таких зобов'язань (позадоговірні, недоговірні), тобто деліктні зобов'язання.

За проведеним аналізом визначення сутності та функцій деліктних зобов'язань, слід зробити висновок, що на сьогоднішній день деліктні зобов'язання, як один з основних видів недоговірних зобов'язань, виникають внаслідок завдання шкоди, де кредитор (потерпіла особа, якій завдана шкода) має право на відшкодування шкоди у повному обсязі боржником (заподіювачем шкоди або особою, вказаною у законі) за наявності умов, вказаних у законі та у сумі, яка відповідає завданій шкоди (збиткам).

Таким чином, деліктні зобов'язання – це недоговірні зобов'язання, які виникають під час порушення майнових та особистих (немайнових) прав особи. Такий вид зобов'язання має правозахисну (правоохоронну) функцію щодо відшкодування шкоди потерпілій особі. Метою деліктного зобов'язання є забезпечення відновлення прав особи, яка зазнала шкоди за рахунок винної особи – заподіювача шкоди або особи, яка відповідає за таку шкоду, а тому норми, які регулюють правила відшкодування шкоди носять імперативний характер, виключаючи розсуд сторін при визначенні умов їх виникнення і розміру відшкодування.

Поняття зобов'язання відшкодування шкоди можна розглянути як правовідносини та інститут права.

До загальних умов виникнення деліктних зобов'язань відносяться: факт завдання шкоди; протиправність дій особи, якими завдано шкоду; причинно-наслідковий зв'язок між шкодою та протиправними діями особи; вина особи, яка завдала шкоду.

Функції деліктних зобов'язань поділяються на компенсаційну, каральну та виховну функції.

Деліктні зобов'язання мають свій склад, який складається з наступних елементів: сторони (потерпіла сторона та заподіювач, або особа, яка відповідає за заподіювання шкоди); зміст (права та обов'язки сторін); предмет.

Не дивлячись на законодавчу визначеність деліктних зобов'язань та їх наукову обґрунтованість, на сьогоднішній день відсутній порядок розрахунку та визначені розміри відшкодування шкоди за порушення особистих немайнових прав особи, лише надавши такі повноваження судам. Так, під час розгляду цивільних справ про відшкодування моральної шкоди, суди повинні виходити з засад справедливості та пропорційності відшкодування завданій шкоді та встановити розмір відшкодування такої шкоди, який не повинен призводити до збагачення.

Також, можна констатувати, що відшкодування шкоди як загальна обов'язкова умова відповідальності не має єдиного правила справедливого розрахунку для всіх видів деліктних зобов'язань. Відповідно, зводити весь інститут деліктної відповідальності до основ теорії комутативної справедливості не можна; її явно бракує для повного розкриття суті настільки багатогранного цивілістичного феномена. Складність розглянутих ситуацій у сфері деліктних зобов'язань полягає, перш за все, в тому, що категорія справедливості є всеосяжною за своєю суттю, охоплює різні сторони суспільного життя і нестандартні цивільно-правові ситуації, і принципово важливо, уклавши поняття справедливості в прокрустові засади цивілістичної науки, не втратити самої її суті.¹⁸¹

Отже, інститут відшкодування деліктної шкоди дуже важливий для регулювання цивільно-правових відносин та має низку особливостей, які відрізняють цей інститут від інших. Зокрема, він виконує важливу відновлювальну функцію, без якої суть права загалом зводиться до мінімуму. Крім того, він виконує й допоміжну функцію, яка полягає в забезпеченні функціонування інших цивільно-правових інститутів. Основні положення й особливості закріплені в цивільному законодавстві та потребують детального дослідження.

¹⁸¹ Галкевич С.В. Деякі аспекти застосування комутативної справедливості у цивільних деліктних зобов'язаннях. Підприємництво, господарство і право. 2018. №8.С. 14-17.

ВИСНОВКИ

У монографії наведене теоретичне узагальнення й вирішення наукового завдання, що виявляється у визначенні цивільно-правової природи зобов'язального права, а також специфіки реформування зобов'язального права в умовах глобалізаційних викликів. Найбільш важливі серед них такі:

1. У первісному розумінні ідея зобов'язання стосувалася лише відповідальності за передачу майна та сплату будь-яких грошей, визначених умовами конкретних письмових документів. У сучасному правовому світі під зобов'язанням розуміється вимога брати участь у певній дії через їхню згоду з іншою стороною або відповідно до закону. Зобов'язання також може стосуватися письмового документа або документа, за допомогою якого одна сторона стає свідком договору чи угоди. Зобов'язання – це юридичний обов'язок, який вимагає виконання від окремої особи, а також потенційні санкції за невиконання. Зобов'язання – це також обов'язок виконувати те, що накладається договором, обіцянкою чи законом.

2. Українське законодавство, зокрема стаття 546 Цивільного кодексу України, закріплює наступні способи забезпечення виконання зобов'язання належать: неустойка, порука, гарантія, завдаток, застава, притримання, право довірчої власності, а також інші види забезпечення виконання зобов'язання. Усі способи забезпечення зобов'язання є ефективним, дієвим інструментом в зобов'язальних правовідносинах. Учасники правовідносин можуть на власний розсуд, з врахуванням своїх специфічних умов, особистих уподобань, кваліфікації, але головне за погодженням з контрагентом, якщо закон не встановлює іншого, обрати той спосіб забезпечення, який буде максимально гарантувати захист прав та інтересів кредитора. Належне, правомірне виконання боржниками своїх обов'язків у зобов'язальних правовідносинах створить умови для безпечного та масштабного розвитку

цивільного обігу, задоволення прав усіх учасників правовідносин і сприятиме зростанню правової держави в цілому.

3. В Україні вже зроблені суттєві практичні кроки на шляху адаптації національного законодавства у сфері зобов'язального права до права Європейського Союзу. Також, варто відмітити, що здійснюючи таку адаптацію, наша держава повинна враховувати, що цей процес має переважно односторонній характер, оскільки при цьому мова не йде про взаємні кроки з обох сторін щодо узгодження своїх правових норм, а тільки про зміни в українському законодавстві з метою його гармонізації з нормами права Європейського Союзу. Україна фактично не має можливості впливати на законодавчий процес в самому Європейському Союзі, а тільки виступає як спостерігач за правовими процесами Євросоюзу.

4. Консалтинг – це процес надання консультаційних послуг, які можуть бути затребувані в будь-якій сфері діяльності. Сьогодні спостерігається тенденція подальшої спеціалізації консалтингових послуг, що пов'язано з диверсифікацією як практичної діяльності, так і розширенням знань в усіх сферах економіки. Природа консалтингових послуг, що полягає у вирішенні проблем замовників, передбачає, що замовлення клієнтів розглядаються як джерело розвитку більшості послуг. Таким чином, під поняття «консалтинг» можна підвести переважну більшість послуг, що надаються компанії-замовнику. Однак мета або результат будь-якої послуги зводиться до одного: допомогти замовнику здійснити необхідне впровадження якісних змін, інновацій, провести оптимізацію бізнес-процесів.

5. Франчайзинг є самостійним видом договорів. Як і будь-який інший вид підприємницької діяльності, франчайзинг певною мірою має ризиковий характер як для правоволодільця, так і для користувача. У той же час широке розповсюдження та вигідність укладення такого договору для обох сторін робить його договірною моделлю, що наразі достатньо динамічно розвивається, та у свою чергу, робить його одним з найбільш ефективних інструментів залучення інвестицій. Саме тому для подальшого розвитку

франчайзингових відносин в Україні та вироблення ефективного механізму його стимулювання та впровадження наразі є необхідним створення відповідних загальнодержавних програм з розвитку підприємництва в Україні та удосконалення чинного законодавства у цій сфері.

6. Договір фінансових послуг є самостійним договірним, цивільно-правовим правочином у сфері підприємницької діяльності, внаслідок диференціації зобов'язань. Такий вид договору поєднує зобов'язання з надання послуг грошово-кредитного характеру та має становити загальні правила застосування для кожного із зобов'язань. Таким чином, породжений економічними перетвореннями договір про надання фінансових послуг набуває своєї актуальності, що в подальшому підвищує соціальну цінність цивільного права, як базової науки про цивільно-договірні відносини.

7. Важливою гарантією прав і свобод громадян є закріплене в законодавстві право на відшкодування завданої шкоди. Такі гарантії закріплені, зокрема, в цивільному законодавстві, яке передбачає відшкодування завданої шкоди як у випадку не виконання договірних зобов'язань, так і у випадку відсутності таких зобов'язань (позадоговірні, недоговірні), тобто деліктні зобов'язання. Загалом, інститут відшкодування деліктної шкоди дуже важливий для регулювання цивільно-правових відносин та має низку особливостей, які відрізняють цей інститут від інших. Зокрема, він виконує важливу відновлювальну функцію, без якої суть права загалом зводиться до мінімуму. Крім того, він виконує й допоміжну функцію, яка полягає в забезпеченні функціонування інших цивільно-правових інститутів. Основні положення й особливості закріплені в цивільному законодавстві та потребують детального дослідження.

СПИСОК ВИКОРИСТАНИХ ДЖЕРЕЛ

1. Chyzhmar, K., Kolomoiets, T., Dniprov, J., & Rezvorovich, R. The peculiarities of the legal regime of information in the e-declarations of persons authorized to perform the function of state or local self-government. *Journal of Legal, Ethical and Regulatory Issues*, 2019. 22 (5). 1–8.
2. Convention of 1 July 1985 on the Law Applicable to Trusts and on their Recognition. URL: <https://www.hcch.net/en/instruments/conventions/full-text/?cid=59> (дата звернення: 15.09.2021).
3. Convention of 15 June 1955 on the law applicable to international sales of goods. URL: <https://www.hcch.net/en/instruments/conventions/full-text/?cid=31> (дата звернення: 15.09.2021).
4. Convention of 22 December 1986 on the Law Applicable to Contracts for the International Sale of Goods. URL: <https://www.hcch.net/en/instruments/conventions/full-text/?cid=61> (дата звернення: 15.09.2021).
5. Ilchenko, O.; Brusakova, O.; Burchenko, Y.; Yaroshenko, A.; Bagan, Y. The role of a defence industry in the system of national security: a case study. *Entrepreneurship and Sustainability Issues*. 2021. 8 (3). 438–454. [https://doi.org/10.9770/jesi.2021.8.3\(28\)](https://doi.org/10.9770/jesi.2021.8.3(28)).
6. Incoterms rules 2000. URL: <https://iccwbo.org/resources-for-business/incoterms-rules/> (дата звернення: 15.09.2021).
7. International Classification of Goods and Services for the Purposes of the Registration of Marks. World Intellectual Property Organization. Tenth Edition. Part II. 170 p. URL: [http://www.wipo.int/export/sites/www/classifications/nice/en/pdf/text_ncl_10_part_2 .pdf](http://www.wipo.int/export/sites/www/classifications/nice/en/pdf/text_ncl_10_part_2.pdf) (дата звернення: 28.09.2021).

8. Kerkovic T. M. The Main Directions in Comparative Franchising Regulation – Unidroit Initiative and its Influence. *European Research Studies*. Volume XIII, Issue (1), 2010. P. 103–118.
9. Kolinko T., Rezvorovych K., Yunina M. Legal characteristic of the franchise agreement in Germany. *Baltic Journal of Economic Studies*, Volume 5 Number 1. Riga: Publishing House “Baltija Publishing”, 2019, P. 96–100. DOI: <https://doi.org/10.30525/2256-0742/2019-5-1-96-100> URL: <http://www.baltijapublishing.lv/index.php/issue/article/view/605> (дата звернення: 11.10.2021).
10. Obligation. URL: <https://www.law.cornell.edu/wex/obligation> (дата звернення: 25.09.2021).
11. Pineau, J. and Gaudet, S., *Théorie des Obligations*, 4e Édition. Montréal: Thémis. 2001, P.1-2.
12. UNIDROIT Principles (2004 version). URL: <https://www.unidroit.org/instruments/commercial-contracts/unidroit-principles-2004/> (дата звернення: 15.09.2021).
13. Амеліна І. В., Семенець В. В. Розвиток франчайзингової діяльності в Україні. *Економіка і регіон*. 2015. № 2 (51). С. 21–24.
14. Аналогія права за цивільним законодавством України : монографія / С. В. Завальнюк ; НУ "ОЮА", рец.: В. В. Дудченко, О.С. Кізлова. Одеса : Юрид. літ., 2018. 184 с.
15. Андрощук Г. А., Денисюк В. А. Франчайзинг: определения, преимущества, перспективы. *Бизнес Информ*. 1997. № 9. С. 10–15.
16. Бачинський Т. В. До питання про договір комерційної концесії (франчайзингу) та деякі новели його реєстрації. URL: http://science2016.lp.edu.ua/sites/default/files/Full_text_of_%20papers/vnulpurn_2014_810_39.pdf (дата звернення: 28.09.2021).
17. Бедринець М. Д., Сурженко А. В. Фінансовий менеджмент у малому бізнесі : навч. посіб. Київ : Центр навчальної літератури, 2016. 352 с.

18. Бервено С. М. Проблеми договірного права України. К.: Юрінком-Інтер, 2006. 389 с.
19. Боднар Т. В. Договірні зобов'язання як категорія цивільного права. *Вісник Київського національного університету імені Тараса Шевченка. Юридичні науки*. 2004. № 60-62. С.73–75.
20. Бочарова Н. В. Роль суду ЄС у конституціоналізації правової системи Європейського Союзу. *Право і суспільство*. № 4. 2018. С. 14–18.
21. Васильєв С.В. Особливості розгляду окремих категорій цивільних справ: навчальний посібник. Харків: Еспада, 2012. 480 с.
22. Вердников В. Г. Функція хозяйственного договора. Труды ВЮЗИ. М., 1971. Т.2. 456 с.
23. Гладка О.В. Комерційна концесія як форма інноваційного інвестування. : дис. ... канд. юр. наук : 12.00.04. Харків, 2015. 188 с. URL: http://nauka.nlu.edu.ua/download/diss/Gladka/d_Gladka.pdf (дата звернення: 29.09.2021).
24. Голубєва Н. Ю. Зобов'язальне право як підгалузь цивільного права. *Митна справа*. № 2. 2015. С. 96–101.
25. Голубєва Н. Ю. Зобов'язання у цивільному праві України: методологічні засади правового регулювання : автореф. дис. ... докт. юрид. наук. Одеса, 2013. 42 с.
26. Голубєва Н.Ю. Співвідношення зобов'язальних та речових правовідносин. *Часопис цивілістики*. 2019. № 14. С.13–17.
27. Горбова Н. А. Господарське право України: навч. посібник. Мелітополь: Однорог Т. В., 2019. 126 с.
28. Горбова Х. В. Проблемні питання концесійної діяльності підприємств нафтогазового комплексу. *Ефективна економіка*. 2012. № 3. С. 1–3.
29. Господарське право України. Навч. посіб. / за заг. ред. С. В. Несиної. К.: Центр учбової літератури, 2012. 564 с.

30. Господарський кодекс України від 16.01.2003 р. (в редакції від 06.10.2021). URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/436-15#Text> (дата звернення: 11.10.2021).
31. Дашков Л. П., Данилов А. И., Тютюкина Е. Б. Предпринимательство и бизнес. М.: Маркетинг, 1996.
32. Державний класифікатор продукції та послуг ДК 016:2010, затверджений наказом Державного комітету України з питань технічного регулювання та споживчої політики від 11 жовтня 2010 року № 457.
33. Дмитришин В. С. Договір комерційної концесії та договір франчайзингу. Співвідношення понять та правової природи. URL: [Kul.kiev.ua/images/chasop/2010_3/199.pdf](http://kul.kiev.ua/images/chasop/2010_3/199.pdf) (дата звернення: 28.09.2021).
34. Дмитришин В. С. Міжнародний досвід правового регулювання відносин у сфері франчайзингу. *Часопис цивілістики*. 2012. № 13. С. 90–94.
35. Договір про заснування Європейської Спільноти (Договір про заснування Європейського економічного співтовариства): Міжнародний документ від 25.03.1957. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/994_017#Text (дата звернення: 28.09.2021).
36. Доліненко Л.О., Сарновська С.О. Цивільне право України : навчальний посібник. Київ : МАУП, 2005. 384 с.
37. Житар М. О., Ленкевич О. В. Франчайзинг як форма ведення бізнесу в Україні. *Бізнесінформ*. 2019. № 9. С. 293-298. URL: https://www.business-inform.net/export_pdf/business-inform-2019-9_0-pages-293_298.pdf (дата звернення: 28.09.2021).
38. Иоффе О. С. Обязательственное право. М., 1975. 670 с.
39. История Древнего Востока. Тексты и документы: Учебное пособие. / Под ред. В.И. Кузищина. Москва : Высшая школа, 2002. С. 167–190.

40. Історія українського права : навчальний посібник / І. Безклубий, І. Гриценко, О. Шевченко та ін. Київ : Грамота, 2010. 336 с.
41. Карпенко О. О. Перспективи розвитку консалтингової діяльності в Україні на основі європейського досвіду. *Причорноморські економічні студії*. № 27 (1). 2018. 54-58.
42. Килимник І. Договір франчайзинга: аналіз содержания. *Предпринимательство, хозяйство и право*. 2000. № 9. С. 21–28.
43. Килимник І. Особливості правового регулювання договору комерційної концесії (франчайзингу) : автореферат дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.03. Х., 2003. 22 с.
44. Колесников В. Построение франчайзингового бизнеса: курс для правообладателей и пользователей франшиз. Спб.: Питер, 2008. 288 с.
45. Конституція України. К.: ЦУЛ, 2012. С. 12.
46. Кравчук Н., Білоус О., Синькевич Н. Концепція побудови ефективної бізнес-моделі франчайзингу. *Галицький економічний вісник*, 2019. № 5 (60). С. 40–46.
47. Красавчиков О. А. Гражданско-правовой договор: понятие, содержание, функции: Сб. Гражданско-правовой договор и его функции. Свердловск, 1980. 734 с.
48. Луспеник Д. Шукаємо справедливість, добросовісність та розумність у цивільно-правових відносинах. *Закон і бізнес*. 2004. № 1–2.
49. Маланчук Т. В., Віткова О. С. Щодо співвідношення понять «франчайзинг» та «комерційна концесія» в законодавстві України. *Young Scientist*. № 11 (51). November, 2017 С. 931. URL: <http://molodyvcheny.in.ua/files/journal/2017/11/225.pdf> (дата звернення: 29.09.2021).
50. Маринко Г. И. Управленческий консалтинг: Учеб. пособие. М.: ИНФРА-М, 2005. с. 63.

51. Микуляк В., Махінова А. Українське обличчя франчайзингу. URL: https://www.sk.ua/wp-content/uploads/sk_files/franishiza_ukr.pdf (дата звернення: 29.09.2021).
52. Момот Л. В. Розвиток франчайзингу в Україні. *Наукові праці НУХТ*. 2014. Т. 20. № 5. С. 81-86.
53. Мхитарян А. К. Франчайзинг: мировой опыт и его внедрение в России. СКФ МГЭИ. *Минеральные Воды*. 2011. 123 с.
54. Намака К. Ризики сторін у договорі франчайзингу та правові способи їх мінімізації. *Підприємництво, господарство і право*. 2018. № 12. С. 119–124.
55. Національний класифікатор України «Класифікація видів економічної діяльності» ДК 009:2010, прийнятий наказом Держспоживстандарту від 11.10.2010 р. № 457.
56. Немченко С. С. Принцип свободи договору – головний принцип договірних відносин у цивільному праві. *Південноукраїнський правничий часопис*. № 3. 2014. С. 101–103.
57. Особливості франчайзингу по-українськи: на що слід звернути увагу. URL: https://ua.prostopravo.com.ua/prava_biznesu/dogovirni_vidnosini/statti/osoblivosti_franchayzingu_po_ukrayinski_na_scho_slid_zvernuti_uvagu (дата звернення: 29.09.2021).
58. Паніна Ю.С. Правове регулювання договору франчайзингу в Європейському Союзі та Україні. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03. Ужгород, 2017. 264 с. URL: <https://dspace.uzhnu.edu.ua/jspui/bitstream/lib/152/1> (дата звернення: 29.09.2021).
59. Піддубна В. Ф. Щодо питання правової природи договору комерційної концесії (франчайзингу). *Науковий вісник Ужгородського національного університету. Серія Право*. 2017. Випуск 47. Том 1. С. 152–154.

- 60.Пленюк М. Д. Цивільно-правовий договір як підстава виникнення зобов'язань: нотатки до наукової дискусії. *Приватне право і підприємництво*. 2016. Вип. 15. С. 102–107.
- 61.Погрібний С. О. Механізм та принципи регулювання договірних відносин у цивільному праві України : автореф. дис. ... докт. юрид. наук. Київ, 2009. 50 с.
- 62.Поняття та види господарських зобов'язань. URL: <https://www.businesslaw.org.ua/pon-vydy-gosp-zobovyazan/> (дата звернення: 25.09.2021).
63. Посадский А. П., Хайниш С. В. Консультационные услуги в России. М., 1995.
- 64.Постанова від 05 квітня 2018 року у справі № 914/1027/16. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/73261270> (дата звернення: 01.10.2021).
- 65.Постанова ВС КЦС від 14 листопада 2018 року у справі № 757/58385/16-ц (провадження № 61 17601свп18). URL: https://supreme.court.gov.ua/userfiles/media/new_folder_for_uploads/supreme/file_3.pdf (дата звернення: 15.10.2021).
- 66.Правочини та їх недійсність в інформаційному суспільстві: теорія і практика : монографія / І. В. Давидова; НУ ОЮА. Одеса : Юридична література, 2018. 368 с.
- 67.Про Загальнодержавну програму адаптації законодавства України до законодавства Європейського Союзу: Закон України від 18.03.2004 № 1629-IV. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1629-15#Text> (дата звернення: 15.10.2021).
68. Про захист прав споживачів: Закон України від 12.05.1991 № 1023-ХІІ. *Відомості Верховної Ради УРСР*. 1991. № 30. С. 379.
- 69.Про землеустрій: Закон України від 22.05.2003 № 858-IV. *Відомості Верховної Ради України*. 2003. № 36, С. 282.

70. Про інформацію: Закон України від 02.10.1992 № 2657-ХІІ. *Відомості Верховної Ради України*. 1992. № 48. С. 650.
71. Про основи соціальної захищеності осіб з інвалідністю в Україні: Закон України 875-ХІІ URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/875-12#n152> (дата звернення: 20.09.2021).
72. Про публічні закупівлі: Закон України від 25.12.2015 № 922-VIII. *Відомості Верховної Ради України*. 2016. № 9. С. 5.
73. Про франчайзинг: проект Закону № 7430 від 21.12.2017 року. URL: http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=63201 (дата звернення: 20.09.2021).
74. Регулятивні правовідносини приватно-правовий та публічно-правовий виміри : монографія / Є. О. Харитонов, О. І. Харитонova. Одеса : Видавничий дім «Гельветика». 2018. 404 с.
75. Резворович К. Р., Юнін О. С., Круглова О. О. та ін. Реформування цивільного права в умовах євроінтеграції : навч. посіб. / Дніпро : Видавець Біла К. О., 2019. 180 с.
76. Руководство по франшизе. Женева : ВОИС. 1995. 57 с.
77. Рынок консультационных услуг в Украине. Сущность и виды консультационных услуг. *Финансовая консультация*. 2001. № 13. С. 34–43.
78. Рябець О. М. До питання про визначення діяльності юридичних компаній в Україні як об'єкта адміністративно-правових відносин. *Науковий вісник публічного та приватного права*. Випуск 6. 2019. С. 219–224.
79. Савчук К. Ю. Специфіка цивільно-правової регламентації публічних договорів. *Міжнародний науковий журнал Інтернаука*. № 9 (3). 2018. 60–62.
80. Свида І. В. Франчайзинг як форма організації бізнесу. *Збірник наукових праць Черкаського державного технологічного університету. Серія: Економічні науки*. 2009. № 24 (1). С. 191-195.

- 81.Семененко І. М. Використання франчайзингу в діяльності промислових підприємств. *Бізнесінформ*. 2012. № 7. С. 102–104.
- 82.Сидоров Я. О. Становлення інституту комерційної концесії в Україні (цивільно-правовий аспект): дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03. Запоріжжя, 2004. 195 с.
- 83.Слома В. М. Поняття зобов'язання у цивільному праві. *Юридичний вісник*. № 1 (38). 2016. С. 123–128.
- 84.Смачило Т. В., Гірчиця Т. П. Стан і перспективи української євроінтеграції. *Молодий вчений*. № 11. 2017. С. 1305–1308.
- 85.Сокольська І. О., Колісникова Г. В. Договір комерційної концесії та сфера його застосування. Підсумки розвитку наукової думки: 2018: зб. наук. праць «АГОС» з матеріали міжнародної науково-практичної конференції, м. Івано-Франківськ, 5 грудня 2018 р. Вінниця: ГО «Європейська наукова платформа», 2018. Т.1. С. 122.
- 86.Судовий реєстр по справі 757/19003/19-ц. URL: <https://opendatabot.ua/court/98865122-dabd09210c647f67192b04d8bb1c9435> (дата звернення: 25.09.2021).
87. Сурженко Н. В. Розвиток ринку консалтингових послуг: зарубіжний досвід і реалії України. *Збірник наукових праць ТДАТУ (економічні науки)*. № 2 (37). 2018. С. 105-110.
88. Тур О. Т. Істотні умови договору про надання консультаційних послуг. *Право і суспільство*. 2015. № 5.2(3). С. 91-95
- 89.Федерація Розвитку Франчайзингу України. URL: <http://fdf.org.ua/> (дата звернення: 25.09.2021).
- 90.Фомін Г. Ф. Класифікація договорів з надання фінансових послуг. *Вісник Харківського національного університету внутрішніх справ*. 2010. № 1 (48). С. 243–249.
- 91.Франчайзинг чи комерційна концесія? URL: <https://franchising.ua/franchayzing/46/franchayzing-komerciyna-koncesiya/> (дата звернення: 25.09.2021).

92. Харитонов Є. О., Харитонova О. І. Приватне право як концепт. Том І. Витоки. Одеса: Фенікс. 2018. 556 с.
93. Хартія основних прав Європейського Союзу: Міжнародний документ від 07.12.2000. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/994_524#Text (дата звернення: 25.09.2021).
94. Царук О. В. Історична еволюція зобов'язальних правовідносин. *Право і суспільство*. 2012. № 4. С. 77–81.
95. Цеслів А. С. Комерційна концесія та суміжні договори: порівняльний аспект. *БізнесІнформ*. 2013. № 6. С. 351–355.
96. Цивільне право : підручник : у 2 т. / В.І. Борисова, Л.М. Баранова, Т.І. Бегова та ін. ; за ред. В.І. Борисової, І.В. СпасибоФатєєвої, В.Л. Яроцького. Харків : Право, 2011. Т. 1. 656 с.
97. Цивільне право України (традиції та новації): монографія. Авт. кол.; за ред. Є.О. Харитонova, Т.С. Ківалової, О.І. Харитонovoї; наук. ред. Н.Ю. Голубєва. Одеса: Фенікс, 2010. 700 с.
98. Цивільне право України: Підручник. У 2-х т. За ред. В. І. Борисової, І. В. Спасибо-Фатєєвої, В. Л. Яроцького. К.: Юрінком Інтер, 2004.
99. Цивільне право України: підручник: у 2 кн. Кн. 1. За ред.. О.В. Дзери, Н.С. Кузнецової. К.: Юрінком Інтер, 2002. 876 с.
100. Цивільне право: підручник: у 2 томах. 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. Х.: Право, 2012. Т.2. 816 с.
101. Цивільний кодекс України: Закон України від 16.01.2003 № 435-IV. Відомості Верховної Ради України. 2003. № 40. С. 356.
102. Цират Г. Франчайзинг и франчайзинговий договір : учеб.-практ. Пособие. Киев : Истина, 2002. 240 с.
103. Цират Г. В. Договори франчайзингу: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03. К., 2003. 208 с.
104. Цират Г.В. Чи бути спеціальному закону про франчайзинг в Україні? *Юридична газета*. 2018. № 8 (620). URL: <https://yur-244>

- gazeta.com/publications/practice/civilne-pravo/chi-buti-specialnomu-zakonu-pro-franchayzing-v-ukrayini.html (дата звернення: 10.10.2021).
105. Чернюк Ю. В., Воронкова Т. Є. Франчайзинг як засіб антикризового управління. Економічні проблеми сталого розвитку: матеріали доповідей Міжнародної науково-практичної конференції, присвяченої 20-річчю наукової діяльності факультету економіки та менеджменту СумДУ (м. Суми, 3 8 т. / за заг. ред. О. В. Прокопенко. Суми: Сумський державний університет, 2012. Т. 2. С. 171–172.
106. Шахова М. С. Классификация франшиз на российском рынке. Научные исследования экономического факультета. Электронный журнал экономического факультета МГУ имени М.В. Ломоносова. 2009. № 2. С. 69–79.
107. Щодо договору комерційної концесії : Лист Державного комітету України з питань регуляторної політики та підприємництва від 11.02.2004 № 761. URL: http://search.ligazakon.ua/l_doc2.nsf/link1/DP1113.html(дата звернення: 10.10.2021).
108. Юніна М. П, Яшан Ю. Б. Порівняльна характеристика договору франчайзингу за законодавством України та Німеччини. Міжнародна та національна безпека: теоретичні і прикладні аспекти : матер. III Міжнар. наук-практ. конф. (м. Дніпро, 15 бер. 2019 р.) Дніпро : Дніпроп. держ. ун-т внутр. справ, 2019. С. 323-324.
109. Яновицька Г. Б. Споживач-замовник як сторона договору консалтингу. Науковий вісник Міжнародного гуманітарного університету. Серія: Юриспруденція 31. 2018. 92-94.
110. Ярошенко А.С., Костенко О.М. Адаптація законодавства України до *acquis communautaire* у сфері публічних закупівель. Теорія та практика адаптації законодавства України до законодавства ЄС : матеріали міжнародної науково-практичної конференції (м. Київ, 8 червня 2018 р.). Київ : Видавничий дім «Гельветика», 2018. С. 215-217.

URL: http://library.nlu.edu.ua/POLN_TEXT/SBORNIKI_2020/Kiev-2018-56800849.pdf

111. Ярошенко А.С., Костенко О.М. Визнання судом недійсними фіктивних договорів дарування, укладених з метою приховання майна боржника: проблеми формування єдиної правозастосовної практики. *Проблеми законності*. 2020. Вип. 148. С. 66-75. doi: <https://doi.org/10.21564/2414-990x.148.190854>.

АВТОРСЬКИЙ КОЛЕКТИВ

Резворович Кристина Русланівна, завідувач кафедри цивільного права та процесу факультету підготовки фахівців для підрозділів кримінальної поліції Дніпропетровського державного університету внутрішніх справ, кандидат юридичних наук;

Юнін Олександр Сергійович, перший проректор Дніпропетровського державного університету внутрішніх справ, доктор юридичних наук, професор, Заслужений діяч науки і техніки України.

Круглова Ольга Олександрівна, доцент кафедри цивільного права та процесу факультету підготовки фахівців для підрозділів кримінальної поліції Дніпропетровського державного університету внутрішніх справ, кандидат юридичних наук, доцент;

Юніна Марина Петрівна, доцент кафедри цивільного права та процесу факультету підготовки фахівців для підрозділів кримінальної поліції Дніпропетровського державного університету внутрішніх справ, кандидат юридичних наук, доцент;

Ярошенко Артем Сергійович, доцент кафедри цивільного права та процесу факультету підготовки фахівців для підрозділів кримінальної поліції Дніпропетровського державного університету внутрішніх справ, кандидат юридичних наук;

Нагорна Олена Олександрівна, старший викладач кафедри цивільного права та процесу факультету підготовки фахівців для підрозділів кримінальної поліції Дніпропетровського державного університету внутрішніх справ;

Мітусова Катерина Сергіївна, викладач кафедри цивільного права та процесу факультету підготовки фахівців для підрозділів кримінальної поліції Дніпропетровського державного університету внутрішніх справ;

Костенко Оксана Миколаївна, адвокат, Рада адвокатів Дніпропетровської області;

Логінова Марина Вікторівна, старший оперуповноважений відділу моніторингу та зонального контролю Полтавського управління Департаменту внутрішньої безпеки Національної поліції України.

Навчальне видання

Колектив авторів:

Резворович Кристина Русланівна

Юнін Олександр Сергійович

Круглова Ольга Олександрівна

Юніна Марина Петрівна

Ярошенко Артем Сергійович

Нагорна Олена Олександрівна

Мітусова Катерина Сергіївна

Костенко Оксана Миколаївна

Логінова Марина Вікторівна

РЕФОРМУВАННЯ ЗОБОВ'ЯЗАЛЬНОГО ПРАВА В УМОВАХ ГЛОБАЛІЗАЦІЙНИХ ВИКЛИКІВ

Монографія

Видання друкується в авторській редакції

Відповідальний редактор *Біла К. О.*

Технічний редактор *Олексенко Н. С.*

Підп. до друку 22.12.21. Формат 60x84 1/16.
Гарнітура – Times. Папір офсетний. Спосіб друку – плоский.
Ум. друк. арк. 11,23. Обл.-вид. арк. 11,35.
Тираж 90 пр. Зам. № 1221-03/2.

Видавець та виготовлювач СПД Біла К. О.
Свідоцтво про внесення до Державного реєстру
суб'єктів видавничої справи ДК № 3618 від 06.11.09

Надруковано на поліграфічній базі видавця Білої К. О.
Україна, 49000, м. Дніпро, пр. Д. Яворницького, 111, оф. 2
+38 (099) 7805049; +38 (067) 2100256
www.impact.dp.ua e-mail: impact.dnepr@gmail.com