

Науково-
практичний
журнал

Українське комерційне право

№4, 2003

Зобов'язальне
право в Україні

Редакційна рада:

Валентина Данішевська,
Джастін Т. Хол,
Андрій Волков,
Юрій Попов

Науковий редактор:

Анатолій Довгерт

Редактор:

Анатолій Осауленко

Відповідальний

секретар:

Ольга Макара

Відгуки та пропозиції присмо надсилати

за адресою:

Україна, 01004, Київ,
вул. Шовковична, 42-44,
**Центр комерційного
права**
тел.: +38 (044) 490-65-75
факс: +38 (044) 490-65-74
E-mail: clc@clc.com.ua
Web-site:
www.commerciallaw.com.ua

Зміст |

Анатолій Довгерт

Передмова3

Наталія Кузнецова

Принципи сучасного зобов'язального
права України9

Микола Сібільов

Базові моделі регулювання договірних
відносин за новим Цивільним кодексом
України17

Володимир Луць

Проблеми договірного регулювання
майнових відносин за новим Цивільним
та Господарським кодексами України21

Володимир Посполітак,

Роксоляна Ханик-Посполітак

Зобов'язання за договором про спільну
діяльність. Договір простого товариства35

З міжнародної практики

Джастін Т. Хол

Забезпечення кредитних зобов'язань
нерухомим майном та їх задоволення51

Джсемі Бауман

Використання інформації про кредитні
історії позичальників61

Передмова

Дане число журналу присвячено деяким важливим питанням сучасного зобов'язального права України. Новий Цивільний кодекс (ЦК) України, який незабаром набирає чинності, додав багато новел та розширив ядро правового масиву зобов'язального права, яке у системі приватного права завжди виконує роль своєрідної "робочої" частини, бо покликане регулювати цивільні майнові відносини, що складаються у зв'язку з передачею майна, виконанням робіт, наданням послуг, вчиненням односторонніх позитивних дій або неправомірних дій тощо.

У новому ЦК України зобов'язальному праву присвячено більше ніж половина його статей, які структуровані у три розділи: загальні положення про зобов'язання, загальні положення про договори та окремі види зобов'язань.

I

Великого значення для майнового обороту набувають нові підходи щодо загальних питань зобов'язального права, а саме: поняття, принципи та сторони зобов'язання, виконання, забезпечення виконання та припинення зобов'язання. Серед новел тут можна відзначити, наприклад, положення про те, що зобов'язання має ґрунтуватися на засадах добросовісності, розумності та справедливості (ст. 509 ЦК), а виконуватись воно має належним чином відповідно до умов договору та вимог актів цивільного законодавства, а за відсутності таких умов та вимог відповідно до звичаїв ділового обороту та інших вимог, що звичайно ставляться (ст. 526 ЦК).

У ЦК по-новому вирішуються кілька питань щодо забезпечення виконання зобов'язань. По-перше, ЦК не дає вичерпного переліку видів забезпечення зобов'язань. Договором або законом можуть бути встановлені інші види забезпечення (ст. 546 ЦК). По-друге, ЦК пропонує такі нові види забезпечення, як притримання та гарантія. Перший вид відноситься до речово-правових способів забезпечення, а другий - до зобов'язально-правових. Гарантія набула міжнародно-визнаних параметрів, а саме: вона видається банком, страховою організацією, іншою фінансовою установою; вона юридично не пов'язана з основним зобов'язанням; гарант відповідає перед особою, якій видана гарантія, незалежно від відповідальності основного боржника; вона має ознаки безвідкличності, непередаваності прав за га-

рантією та особливими підставами для її припинення (параграф 4 глави 49 ЦК).

ЦК передбачає такі нові підстави припинення зобов'язань як відступне та прощення боргу. У ЦК, на відміну від старого кодексу, є поняття "порушення зобов'язання" - це його невиконання або виконання з порушенням умов, визначених змістом зобов'язання (ст. 610 ЦК). Виходячи з необхідності повної відповідальності сторін за порушення зобов'язання ЦК закріплює нове правило, згідно з яким за порушення зобов'язання встановлено неустойку, що має бути стягнена у повному розмірі понад відшкодування збитків (ст. 624 ЦК). По-новому вирішується і питання вини у цивільному праві. Вона розуміється не як "психічне відношення особи", а як невжиття особою всіх залежних від неї заходів для належного виконання зобов'язання (ст. 614 ЦК).

Із широкого кола питань загальних положень про зобов'язання статті журналу торкаються правових принципів та забезпечення виконання зобов'язань.

Стаття проф. Н.Кузнєцової "Принципи сучасного зобов'язального права" цікава, перш за все, тим, що в ній уперше в літературі робиться спроба окреслити та розкрити принципи зобов'язального права. Цим, зокрема, підкреслюється, що сучасна цивільно-правова кодифікація спрямована великою мірою на поглиблення основних концептуальних засад приватного права і, зокрема, зобов'язального права. На думку проф. Н.Кузнєцової для зобов'язального права першочергового значення набувають такі загальні приватноправові принципи, як свобода договору; свобода підприємницької діяльності; судовий захист цивільного права та інтересу; справедливість, добросовісність та розумність; диспозитивність. Хоча останній принцип, на нашу думку, є лише певним аспектом свободи договору та інших принципових свобод у майновій сфері, важливе полягає в іншому - в статті акцентується увага на необхідності зміни нашого правового мислення, що полягає в усвідомленні того, що сторонам договірних зобов'язань надається пріоритет у виборі моделі поведінки. Читач, безперечно, зверне увагу на ту частину статті, де пояснюється принцип справедливості, добросовісності і розумності. Сьогодні приватне право може бути зрозумілим тільки через цей принцип. Слід погодитись з тим, що цивільно-правова доктрина повинна внести свій внесок у методологічне розуміння і застосування цих категорій.

У статті звертається увага ще на два принципи зобов'язального права - принципи належного і реального виконання зобов'язання. Важливо відмітити, що в умовах ринку ці принципи значно модифіковано. Висновок статті видається надзвичайно важливим. Цивільні права учасників приватноправових відносин можуть бути захищені лише за умови адекватного та ефективного використання всіх принципів зобов'язального права.

II

Новим підходом до договірної права стало те, що в ЦК, на відміну від ЦК 1963 р., загальні положення про договори виділені із загальних положень про зобов'язання. Цим засвідчується поряд з іншим зростаюча роль договору як універсальної та найбільш доцільної правової форми опосередкування товарно-грошових та інших майнових відносин в умовах переходу економіки України на ринкові засади.

Слід ще раз зазначити, що ЦК виходить з того, що суб'єкти відносин, пов'язаних з товарообміном, самостійно визначають зміст договірних зобов'язань виходячи зі своїх інтересів. Норми договірної права є переважно диспозитивними. Вплив держави на майнові відносини значною мірою обмежується, принцип свободи договору наповнюється справжнім змістом.

У загальних положеннях про договори визначено також поняття договору, введено категорії публічного та попереднього договорів, договору про приєднання, чіткіше сформульовані правила про укладення, зміну і розірвання договорів.

Про всі зазначені вище питання - наступні дві статті проф. Михайла Сібільова та проф. Володимира Луця.

Стаття М. Сібільова "Базові моделі регулювання договірних відносин за новим Цивільним кодексом України" акцентує увагу на тому, що у громадянському суспільстві правове регулювання приватних відносин не може бути виключно зовнішнім, тобто державним. У договірній сфері закон перестає вважатися "істиною в останній інстанції", сторони мають право відступати від його положень, коригуючи його до своїх інтересів.

Закріплення в новому ЦК правил про регулюючу роль договорів та звичаїв як джерел права, принципу свободи договору дає підстави стверджувати про наявність другої базової моделі правового регулювання договірних відносин - внутрішнього регулювання (саморегулювання).

Стаття В. Луця "Проблеми договірної регулювання майнових відносин за новим Цивільним кодексом та Господарським кодексом України" не тільки розкриває зміст принципу свободи договору, нових понять публічного та попереднього договорів і договору про приєднання, але й торкається болючих, невирішених проблем кодифікації договірної права України. Мова йде про суперечливе дублювання в регулюванні договірних відносин Господарським кодексом України. Вміщені в останньому загальні положення про "господарські зобов'язання" (?), "господарські договори" (?), положення про договори поставки, контракції, енергопостачання, оренди майна та лізингу, міни, зберігання на товарному складі, агентський договір, договір перевезення вантажів тощо не тільки термінологічно не збігаються з відповідними інститутами цивільного права, а що головне - вони сформульовані з інших неринкових концептуальних позицій. Щодо регулювання відносин у сферах капітального будівництва, страхування, надання фінансових послуг, ко-

мерційної концесії взагалі не зрозуміло, які положення - Цивільного чи Господарського - підлягають застосуванню, бо обидва кодекси містять положення щодо цих договорів, але за змістом вони відрізняються одне від одного.

Господарський кодекс породжує нездоланні проблеми не тільки у сфері зобов'язального права, а й у всіх інших частинах приватного права (юридичні особи, право власності тощо). Більше того, Господарський кодекс не містить в собі позитивного правового інструментарію для проведення подальшого реформування економіки України у ринковому напрямку, а тому мусить бути скасований.

III

У третій частині зобов'язального права ЦК - окремі види зобов'язань - зберігається перевірена часом система розміщення окремих видів договірних зобов'язань залежно від того основного правового результату, якого домагаються сторони, укладаючи договір. У ЦК закріплено положення про низку нових договорів, що зумовлено потребами економічного обороту (рента, лізинг, управління майном, факторинг, франчайзинг тощо), а також договорів, які не охоплювалися ЦК 1963 р., хоча і мали широкое застосування на практиці (транспортного експедитування, ліцензійний тощо). Усі інші поійменовані договори, які містилися в ЦК 1963 р., позбавлені адміністративно-планового забарвлення та зазнали якісної трансформації. Особливістю ЦК є те, що в ньому викладові норм про окремі види договорів передують загальні положення про зобов'язання, які стосуються передачі майна у власність або у тимчасове користування, виконання робіт, надання послуг. Так, наприклад, глава "Купівля-продаж" починається загальними положеннями про купівлю-продаж, які поширюються також на договори роздрібної купівлі-продажу, поставки, контрактації, міни, постачання енергетичних та інших ресурсів через приєднану мережу, якщо інше не передбачено договором, законом або не впливає із суті взаємовідносин сторін. Така структура договірних норм говорить про те, що в рамках кожної із груп договорів формується певний тип договору (купівлі-продажу, майнового найму, підяду, надання послуг, спільної діяльності тощо), в межах якого виділяються окремі види договорів.

Серед недоговірних зобов'язань новими інститутами є вчинення дій у майнових інтересах іншої особи без її доручення (ведення чужих справ без доручення), створення загрози життю, здоров'ю, майну фізичної особи або майну юридичної особи. Низкою новел доповнено інші інститути недоговірних зобов'язань.

Окремі види зобов'язань представлені у цьому числі журналу договором про спільну діяльність. Свій коментар щодо цього поійменованого договору представили доценти Володимир Посполітак та Роксолана Ханік-Посполітак. За своїм змістом цей

договір суттєво відрізняється від договору про сумісну діяльність ЦК 1963 р. Відрізняється він і від аналогічних інститутів нових ЦК країн СНД (Вірменія, Грузія, Росія, Узбекистан тощо). Специфіка полягає в тому, що у новому ЦК України договір простого товариства є лише одним із видів спільної діяльності. Положенням про просте товариство (спільна діяльність на основі об'єднання вкладів) передують загальні положення про спільну діяльність. Останніх не дуже багато в кодексі, але вони відіграють важливу роль. У них закріплено поняття договору про спільну діяльність та їх види (просте товариство та решта договорів без об'єднання вкладів); письмова форма договору та велика диспозитивність у визначенні умов договору сторонами.

Більша частина статті В.Посполітак та Р.Ханик-Посполітак стосується розгляду договору простого товариства, зокрема положень про вклади та режим майна учасників, ведення спільних справ учасників, їх відповідальність, припинення договору тощо. Звертає на себе увагу й те, що автори схильні вважати засновницькі договори акціонерного товариства та товариства з обмеженою відповідальністю різновидами договору простого товариства.

Щойно прийнятий в Україні закон про іпотеку робить надзвичайно цікавим, з точки зору порівняння, матеріал вміщений у статті керівника проекту "Центр комерційного права" Джастіна Т. Хола "Забезпечення кредитних зобов'язань нерухомим майном та їх задоволення". Виклад матеріалу базується переважно на практиці іпотечного кредитування у США. В статті звертається увага на те, що в розвинутих країнах світу земля та інша нерухомість являють собою значні багатства в силу відносно постійного характеру цих речей та особливої природи прав на нерухоме майно. Іпотека визначається автором як передача права на землю для забезпечення повернення боргу або виконання зобов'язання, яке може бути виражене в грошах або грошовому еквіваленті. Іпотекою користуються не тільки банки та інші юридичні особи, але й фізичні особи. Останні роблять це переважно у випадку продажу ними землі у кредит. Прочитавши статтю Дж. Хола, читач помітить багато відмінностей англоамериканського інституту іпотеки від іпотеки в українському та, взагалі, континентальному праві.

Так зване забезпечувальне кредитування застосовується переважно в операціях з нерухомістю. Так, кредитування вимагає додаткових витрат та часу. Кредити в інших сферах (не пов'язаних з нерухомістю) дуже часто надаються не на основі забезпечення, а на основі так званого клієнтського користування. Для існування такого виду кредитування потрібні спеціальні банки даних кредитних історій клієнтів. Такі банки створюють інформаційні кредитні компанії, відомі також як кредитні бюро або бюро кредитних історій ("БКІ"). Саме про історію створення БКІ в США та їх поширення в багатьох інших країнах світу, про переваги БКІ, про принципи організації їх діяльності наступна стаття головного радника Центру комерційного права Джемсі Бауман.

Хоча в статті Дж. Бауман висвітлюється досвід роботи БКІ переважно західних країн, цей досвід буде корисним при створенні відповідної інфраструктури в Україні. Відзначимо, що лише у США працює більше 1000 кредитних бюро.

Сподіваємось, що матеріал, вміщений у журналі, сприятиме розумінню нових правових підходів, які запропонувала сучасна приватноправова кодифікація у сфері зобов'язального права.

Анатолій Довгерт,

професор, член-кореспондент Академії правових наук України

Наталія Кузнецова,

*доктор юридичних наук, професор,
академік Академії правових наук України*

Принципи сучасного зобов'язального права України

Прийняття нового Цивільного кодексу (ЦК) України, попри всі ускладнення і обмеження кодифікаційного процесу у приватноправовій сфері, можна розглядати як важливий етап реформування як цивільного законодавства в цілому, так і його окремих інститутів.

Зобов'язальне право і за своїм значенням у системі цивільно-правових норм, і за обсягом правового матеріалу виходить далеко за межі звичних уявлень про правовий інститут і фактично являє собою структуровану підсистему, підгалузь цивільного права.

Слід зазначити, що зобов'язальне право як сукупність правових норм, що регулюють оборот матеріальних благ і цивільних прав у суспільстві, менше ніж інші норми зазнали істотних змін у процесі кодифікації. Принаймні цей висновок можна зробити стосовно загальних положень про зобов'язання. Водночас окремі види зобов'язань (як договірних, так і позадоговірних) були суттєво трансформовані.

Це пояснюється передовсім тим, що найбільш важливі положення загального характеру, які витримали перевірку часом і здатні виконувати свою регуляторну чи захисну функцію і в нових, ринкових умовах господарювання, як фактор стабільності були збережені і в проекті нового ЦК, і в остаточному варіанті кодифікованого закону. Що стосується окремих видів договірних і позадоговірних зобов'язань, то їх розвиток, пов'язаний із потребами і динамікою реального життя, обумовив необхідність закріплення і регулювання нових видів договірних зобов'язань: лізингу, факторингу, франчайзингу (комерційної концесії), довірчого управління майном, численних модифікацій договору схову та інших, а також недоговірних - серед яких вчинення дій в майнових інтересах іншої особи без її доручення, створення загрози життю, здоров'ю, майну фізичної особи або майну юридичної особи.

Без будь-яких сумнівів ці чинники свідчать не тільки і не стільки про розширення сфери правового регулювання

цивільного права у зобов'язальних правовідносинах, скільки на-самперед підкреслюють поглиблення основних концептуальних засад зобов'язального права в новому ЦК.

Ретроспективний аналіз законодавства, що регулювало оборот цивільних прав, а також цивільно-правової доктрини [1] у цій сфері дає можливість дійти загального висновку про те, що в радянську добу в центрі уваги знаходилися зобов'язання, що ґрунтувалися на директивних планових актах держави. Решта зобов'язань (як державного, так і позадоговірного характеру) істотно не впливала на загальні підходи щодо визначення основних напрямків регулювання зобов'язальних відносин. Відтак серед принципів виконання зобов'язань пріоритетними визнавалися принципи реального виконання зобов'язань, належного виконання, економічності, співробітництва (взаємодії) сторін [2, с.59-69]. Разом з тим можна з достатнім ступенем умовності обґрунтувати, скажімо, поширення принципів співробітництва або економічності на деліктні зобов'язання.

Водночас слід звернути увагу на те, що принципи зобов'язального права як самостійна категорія, що визначає основні засади регулювання значного сегменту суспільних відносин, взагалі не досліджувалася. Щоправда, така тенденція в цілому є характерною для більшості інститутів загальної частини цивільного права. В основному предметом наукових досліджень були численні модифікації планових господарських договорів з усім їх розмаїттям деталей і особливостей.

Саме на етапі докорінного реформування права України в цілому, кодифікації всіх його фундаментальних галузей виникла нагальна потреба в осмисленні, з'ясуванні і, зрештою, у повноцінному використанні загальних засад приватного (цивільного) права, серед яких чільне місце посідають принципи цивільного права. Вони "червоною ниткою" пронизують всю матерію ЦК, в тому числі і книгу п'яту -Зобов'язальне право.

Серед принципів, закріплених безпосередньо у ст. 3 ЦК, можна виділити такі, які для зобов'язального права мають першочергове значення. До них належать: свобода договору, свобода підприємницької діяльності, яка не заборонена законом; судовий захист цивільного права та інтересу; справедливість, добросовісність та розумність.

Щодо останнього принципу слід зазначити, що в перших редакціях проекту ЦК він розглядався виключно як інституційний принцип зобов'язального права [3, с.32,196] але надалі трансформувався в загальногалузевий принцип цивільного права.

Можна погодитися з одним із видатних російських цивілістів Ю. Х. Калмиковим, який підкреслював непересічне значення загальних положень цивільного права. Юридичні принципи, - зазначав він, - це основні засади, які характеризують особливості даної системи права, в них висловлені головні ідеї, що пронизують усі її клітини і клітинки, структурні підрозділи [4, с.263].

Хоча у ст. 3 ЦК принцип диспозитивності і не названий серед загальних засад цивільного законодавства, але навряд чи мо-

жуть виникнути які-небудь сумніви щодо його належності до останніх. Будучи органічним елементом методу цивільного права (як і ознака юридичної рівності всіх його суб'єктів), диспозитивність наповнює особливим змістом всі цивільно-правові відносини, а зобов'язальні - в першу чергу.

Водночас сам принцип диспозитивності стосовно зобов'язань, що виникають з договору, набуває у новому ЦК іншого юридико-технічного закріплення.

Традиційними для нашого правового менталітету є розуміння диспозитивності в такому сенсі, який дає можливість міру поведінки суб'єкта цивільно-правових відносин визначити на свій розсуд тільки у тих випадках, які прямо передбачені в законі. Тобто законодавець, визначаючи модель поведінки того чи іншого учасника відносин, може прямо зафіксувати, що сторони мають право у договорі відійти від цієї нормативної моделі і передбачити інші правила. Таким чином, тоді, коли про це прямо йдеться в законі, індивідуальний договірний припис буде усувати нормативний. Саме таким чином ми звикли тлумачити диспозитивність у зобов'язанні, що випливає з договору.

Розробники нового ЦК відмовилися від такого занадто "звуженого" розуміння диспозитивності у договірних зобов'язаннях і передбачили у ст. 6 ЦК інші підходи.

Зокрема, за загальними правилами сторони можуть відступити від положень актів цивільного законодавства і врегулювати свої відносини на власний розсуд. Проте сторони не можуть відступити від імперативних приписів, що містяться в актах цивільного законодавства. Однак імперативність норми повинна прямо фіксуватися (тобто в законі має бути пряме застереження про те, що сторони не мають права відступити від встановлених правил) або впливати із змісту норми чи суті відносин між сторонами. Диспозитивні засади цивільного права надають сторонам можливість укласти не тільки договір, який передбачений актами цивільного законодавства, а й такий, що цими актами не передбачений, але за умов, що він їм не суперечить. У договорі ж сторони також мають право врегулювати і такі відносини, які в актах цивільного законодавства не врегульовані.

Хоча ці правила, закріплені ст. 6 ЦК "Акти цивільного законодавства і договір", частина 4 цієї статті містить застереження про її поширення і на односторонні правочини.

На нашу думку, цей новий концептуальний підхід свідчить не тільки про реанімацію загальноновизнаних приватноправових засад у цивільному праві (в тому числі зобов'язальному), а й потребує глибокого змістовного осмислення. На відміну від галузей публічного права у цивільному праві, яке містить у концентрованому вигляді приватноправовий "код", пріоритет у виборі моделі поведінки зазвичай має належати самим суб'єктам. І тільки у виняткових випадках, з мотивів необхідності реального забезпечення публічних інтересів, публічного порядку, у цивільно-правових нормах з'являється імператив. Проте, безумовно, загальне співвідношення імперативних і диспозитивних

норм має складатися на користь останніх і визначатися насамперед приватноправовою природою відносин, що ними регулюються. Норми договірної права є переважно диспозитивними, тоді як недоговірні зобов'язання регламентуються імперативними нормами[5, с.214]. Такий підхід повною мірою відбиває і співвідношення основних функцій цивільного права: регулятивної, яка забезпечує виникнення і функціонування "нормальних" відносин між суб'єктами (власності, зобов'язань, інтелектуальної діяльності та інших), і охоронної, за допомогою якої відновлюються порушені цивільні права й охоронювані законом інтереси суб'єктів цивільного права.

Особливої уваги потребує такий новий принцип зобов'язального права, як справедливість, добросовісність і розумність.

Розбудова в Україні правової держави, зорієнтованої на європейські та світові стандарти, притаманні державі із розвинутими системами демократії, зумовлює необхідність гармонізації (а в окремих випадках і уніфікації) українського законодавства перш за все із законодавством країн Європейського Союзу. Крім того, розвиток зовнішньоекономічних зв'язків між суб'єктами господарювання різних рівнів значно активізує цю потребу гармонізації. Можна зазначити, що і для самого Європейського співтовариства ці процеси гармонізації та уніфікації права країн - учасниць є досить характерним. Запровадження у вітчизняну правову систему міжнародно-правових стандартів передбачає не тільки вивчення закономірностей розвитку світової правової системи, окремих правових сімей, національних правових систем з урахуванням українських національних правових традицій, менталітету, правової доктрини[6, с.24], а й осмислення певної правової ідеології, яка супроводжує ці загальновизнані підходи.

Тривалий час радянська правова доктрина абсолютно відкидала можливість застосування таких оціночних категорій, як добросовісність, розумність, справедливість, у приватному праві, називаючи їх "каучуковими", "гумовими", такими, що призводять до безмежного судового розсуду, і зрештою - до свавілля у прийнятті рішень.

Як засвідчує багаторічна практика, небезпека "судового свавілля" у західних правових системах була значно перебільшена, натомість ми маємо змогу констатувати, що наявність серед юридичного інструментарію категорій оціночного характеру таких, як "добрі звичаї", "добросовісність", "справедливість", надає судовим органам більше можливостей з'ясувати в повному обсязі фактичні обставини справи, особливості поведінки сторін і, насамкінець, встановити об'єктивну істину по справі. Відтак корисним є аналіз практики тих правових систем, де названі категорії не тільки прижилися, а й продукують позитивний досвід.

Таким яскравим прикладом може слугувати §242 BGB (Німецький цивільний кодекс), який покладає на боржника обов'язок так здійснити свої обов'язки (виконати дії), як цього вимагає добросовісність з врахуванням "добрих звичаїв" оборо-

ту. Дослідники німецького цивільного права зазначають, що судова практика і доктрина сприйняли із §242 BGB принцип, що визначає все правове життя, за яким кожен у здійсненні своїх прав і виконанні обов'язків повинен діяти за довірою і надійністю (добросовісно).

У межах зобов'язання засади добросовісності конкретизують як загальний обов'язок, що передбачає необхідність:

- а)** кожній стороні зробити все, що взаємно полегшить виконання зобов'язання, і уникати того, що може їх ускладнити або зробити такими, що не виконуватимуться;
- б)** уникати порушення прав іншої сторони виходячи з орієнтації на рішення судової практики, на те, що кожна сторона повинна проявляти необхідне піклування щодо здоров'я та власності іншої сторони;
- в)** дійсно робити спільно все, що необхідно для досягнення мети договору;
- г)** давати необхідну інформацію про виконання первісних дій по реалізації зобов'язання.

Категорії добросовісності, розумності й справедливості є важливим загальноприйнятими принципами і в цивільному праві інших європейських країн: Франції, Італії, Нідерландів.

Як зазначає голландський юрист М. Тілема щодо змісту та співвідношення цих понять, термін "добросовісність" застосовується для визначення психічних намірів особи (або намірів, які вона повинна мати), поняття "розумність" і "справедливість" пов'язані з об'єктивними стандартами справедливого вирішення справ. Для того, щоб визначити, чого вимагають "справедливість" і "розумність", слід звертатися до загальноновизнаних принципів права, сучасних правових поглядів і враховувати реальні соціальні й приватні інтереси. Так, судова практика виходить з того, що суб'єкти права вступають у правовідносини, в яких домінують принципи "розумності" і "справедливості". Відтак сторони при веденні переговорів зобов'язані враховувати розумні інтереси один одного; всі контракти мають інтерпретуватися у відповідності з принципами "розумності" і "справедливості". В рішенні по одній справі Верховний Суд Нідерландів заявив, що при інтерпретації умов контракту вирішальним фактором є не буквальний зміст умови, але "зміст, який сторони - учасники контракту можуть на засадах взаємності надати угодам у відповідності з обставинами, що склалися, і те, що вони можуть розумно очікувати один від одного в зв'язку з цим"[8, с.242-243].

Оскільки частина 3 ст. 509 нового ЦК передбачає, що зобов'язання має ґрунтуватися на засадах добросовісності, розумності і справедливості, наведений аналіз застосування цих категорій в іноземному законодавстві, судовій практиці, доктрині має неабиякий практичний інтерес. Слід зазначити, що останнім часом ці важливі фундаментальні засади цивільного права все частіше стають предметом самостійних наукових досліджень[9, с.159].

Так, російський цивіліст В. І. Ємельянов, виходить з того, що розумними слід вважати дії, які вчинила б людина, що має нормальний, середній рівень інтелекту, знань та життєвого досвіду. Абстрактна особа, наділена такими властивостями, може бути названа розумною людиною. Юридично значимою якістю, критерієм правомірності актів психічної (розумне передбачення, розумне розуміння) або фізичної (розумні заходи, розумне ведення справ) діяльності реального суб'єкта в передбачених законом випадках є її відповідність можливій поведінці розумної людини в конкретній ситуації.

На відміну від добросовісності, яка є характеристикою совісті людини, обтяженою чи необтяженою знанням про можливе заподіяння шкоди іншій особі, розумність характеризує об'єктивну сторону її дій. Якщо виявиться, що вони менш корисні або більш шкідливі для зазначеної в законі особи (найчастіше ними є контрагент у зобов'язальному правовідношенні), ніж дії в тій же ситуації розумної людини, це означає, що вимоги розумності не були дотримані [10, с. 102].

Беззаперечно, що сучасна цивільно-правова доктрина має відреагувати на закріплення в ЦК нових принципів цивільного (в тому числі і зобов'язального) права ґрунтовними дослідженнями, які озброють судову практику методологією розуміння і застосування категорій добросовісності, розумності, справедливості.

Важливим для загальної характеристики принципів зобов'язального права є питання про принципи належного і реального виконання зобов'язань. У літературі з цього приводу обґрунтовується висновок, що принцип належного виконання зобов'язань, як і в попередньому законодавстві, зберігає своє важливе значення і у відповідності із ст. 526 ЦК передбачає виконання зобов'язання відповідно до умов договору, вимог ЦК та інших нормативно-правових актів цивільного законодавства, а за відсутності таких умов та вимог - відповідно до звичаїв ділового обороту або інших вимог, що звичайно ставляться.

Стосовно принципу реального виконання зобов'язання, то на відміну від його ролі в плановій економіці, в умовах ринкового ведення господарства значення цього принципу поступово зменшується [11, с.72;45;219-220].

Дискусійною в літературі залишається проблема співвідношення принципів належного і реального виконання зобов'язань. З цього приводу можна погодитися з точкою зору М. І. Брагинського, який зауважив що, хоча реальне виконання і належне виконання тісно пов'язані між собою, вони є явищами різноплановими. У першому проявляється сутність виконання як здійснення певної дії, а у другому - якісна характеристика дії (або утримання від дії). Перевіряючи, чи виконав боржник зобов'язання, ставлять перед собою два самостійних запитання: чи вчинила особа дію, яка є об'єктом відповідного правовідношення (чи дотримана вимога реального виконання), і яким чином ця дія вчинена (чи дотримана вимога належного виконання)? [12, с. 418].

Як бачимо, інститут зобов'язального права в новому Цивільному кодексі з огляду на його основні засади і принципи, ставить перед цивільно-правовою доктриною нові методологічні проблеми, які викликають необхідність творчого переосмислення поглядів та концепцій, що склалися за умов планового ведення господарства, зумовлюють потребу врахування позитивного зарубіжного досвіду, яка продиктована процесом приєднання України до європейських правових стандартів і тенденцією гармонізації українського законодавства з правом Європейського співтовариства. Водночас розуміння цих принципів, їх адекватне і ефективне використання має сприяти реалізації і захисту суб'єктивних прав учасників приватноправових відносин, формуванню стабільної судової практики в цій сфері.

Література

1. *Новицький І.Б., Луцк Л.А.* Общее учение об обязательстве. - М., 1950. - С. 5-21; Договоры в социалистическом хозяйстве. - М., 1964. - С. 3-95; Развитие советского гражданского права на современном этапе. - М., 1986. - С. 134-161.
2. *Иоффе О.С.* Обязательственное право. - М., 1975. - С. 59-69.
3. Реформа цивільного права України // Українське право .- 1996.- число 2. - С. 32 (ст. 2); С. 196 (ст. 550).
4. *Калмыков Ю.Х.* О значении общих положений гражданского законодательства // Калмыков Ю.Х. Избранное. Труды. Статьи. Выступления. - М., 1998. - С. 263.
5. Кодифікація приватного (цивільного) права України. - Київ, 2000. - С. 214.
6. *Плавич В.* Проблеми входження України до Європейського правового простору // Юридична Україна. - 2003. - №5. - С. 24.
7. *Жулинский А., Рёрихт А.* Введение в немецкое право. - М., 2001. - С. 344-345.
8. Правовая система Нидерландов. - М., 1998. - С. 242-243.
9. *Емельянов В.И.* Разумность, добросовестность, незлоупотребление гражданскими правами. - М., 2002. - С. 159.
10. *Емельянов В.И.* Понятие "разумность" в гражданском праве России // Вестник Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации. - 2002. - №10. - С. 102.
11. *Сібільов М.* Структура та основний зміст загальних положень про зобов'язання у проекті нового Цивільного кодексу України // Українське право .- 1997.- число 1.- С. 72; Зобов'язальне право. Теорія і практика. - Київ., 1998. - С. 45; Кодифікація приватного (цивільного) права. - Київ, 2000. - С. 219-220.
12. *Брагинский М.И., Витрянский В.В.* Договорное право. Книга первая. Общие положения. - М., 1999. - С. 418.

Базові моделі регулювання договірних відносин за новим Цивільним кодексом України

Концепція правового регулювання суспільних відносин та його механізму, яка була розроблена в період існування радянського права [1], базувалася на таких засадах.

По-перше, визнання за правовим регулюванням виключно державного характеру. С. С. Алексєєв прямо зазначав, що правове регулювання є, в принципі, державним [2, с. 6-7]. Це свідчить про те, що воно має виключно зовнішній характер і є іманентним методом централізованого імперативного регулювання (методу субординації) [3, с.44]. При цьому, як відзначав ще Й.О.Покровський, правове регулювання здійснюється з єдиного центру, яким є державна влада. Саме вона вказує своїми нормами кожній особі її юридичне місце, її права і обов'язки стосовно державного організму в цілому й щодо окремих осіб [4, с.38].

По-друге, визнання внутрішньої єдності всього правового регулювання та його механізму, зумовленої єдністю економічного базису суспільства, суспільних відносин, які підлягають правовій регламентації, усєї системи права. Ці ідеологічні за своєю суттю гасла в умовах тоталітарного режиму створювали перешкоди навіть для формування ідеї щодо ймовірного існування крім зовнішнього також і внутрішнього правового регулювання (саморегулювання) суспільних відносин.

По-третє, визнання правової норми, по суті, єдиним регулятором суспільних відносин. Це було пов'язано з тим, що нормативно-правове регулювання вважалося однією з передумов законності, а остання ж розглядалася як відповідність поведінки усіх суб'єктів вимогам загальних масштабів поведінки - нормам права.

По-четверте, визнання правових норм приписними моделями поведінки людей, що програмуються державою, а реалізації права - втіленням правових приписів у життя. По суті це означало, що і правові норми і реалізація права були зорієнтовані в основному на позитивні зобов'язування - способи регулювання, притаманні методу субординації [5, с. 118]. За таких умов зрозумілою є відсутність у механізмі правового регулювання такого самостійного юридичного засобу (елементу), як договір.

Слід зауважити, що в межах зовнішнього регулювання суспільних відносин певна роль договору в його механізмі цією

концепцією все ж таки визнавалася. Договір розглядався в ньому як юридичний факт - умова, з якою норми права пов'язують виникнення, зміну або припинення правовідносин і як певний регулятор - типовий спосіб регулювання суспільних відносин, який іменується автономним. Автономне регулювання розглядалось як відносно самостійне піднормативне регулювання, що може мати місце при індивідуальній регламентації окремих частин суспільних відносин. Ідеться про випадки, коли норми права надають учасникам відносин можливості самим врегулювати ті чи інші умови своєї поведінки (окремі умови договору, що укладається). Автономне регулювання не є внутрішнім регулюванням (саморегулюванням), оскільки, по-перше, можливість його використання по суті пов'язана з наявністю дозволу публічної влади, закріпленим у відповідних правових нормах, а, по-друге, воно може мати місце лише в межах, встановлених публічною владою. З урахуванням дії переважно імперативних норм роль договорів як регуляторів суспільних відносин зводилася майже нанівець.

Докорінні зміни, що відбуваються зараз в усіх сферах суспільного життя в Україні, не обминули й сферу права. Відродження ідеї про об'єктивний характер поділу права на приватне і публічне [6; 7; 8, с.57-72; 9], повернення до визнання особливої ролі в регулюванні суспільних відносин саме методу (диспозитивного чи імперативного) [10, с.45], зумовленого не відносинами, що регулюються (предметом регулювання), а своєрідним взаємостановленням суб'єктів у певних сферах права (юридична рівність чи влада й підкорення) та характером регулювання (здійснення його відповідно з безліччю малих центрів, що самовизначаються, чи з єдиного центру, яким є держава), наявність у кожній із зазначених сфер права власних правових принципів, відповідних правових засобів та правових режимів (загальнодозвільний чи спеціальнодозвільний) [11] дають підстави стверджувати, що правове регулювання не може й надалі бути виключно державним (зовнішнім).

Отже, зовнішнє регулювання мусить бути доповнено внутрішнім регулюванням (саморегулюванням), а існуючий його механізм потребує певних реформувань, пов'язаних як зі змінами характеру самого регулювання, так і з місцем договору в ньому.

Не випадково новий Цивільний кодекс (ЦК) України розглядає в якості регуляторів суспільних відносин не тільки норми права (акти цивільного законодавства), а й договори, у тому числі міжнародні, а також звичаї, зокрема звичаї ділового обороту.

Особливої уваги з урахуванням предмету цього дослідження заслуговують ті положення ЦК, які стосуються регулювання договірних відносин. Ідеться перш за все про положення ЦК, які визначають коло актів цивільного законодавства та їх співвідношення з договором.

Акти цивільного законодавства за ЦК - це лише акти, що передбачені в його ст. 4 і в яких знаходять свій вираз норми, що ре-

гулюють цивільні відносини. Система цих актів є ієрархічною і закритою. Проголошуючи Конституцію України основою цивільного законодавства, ця система охоплює ЦК, який виступає її ядром - основним актом цивільного законодавства та поточні закони України, прийняті відповідно до Конституції та ЦК. На рівні підзаконних актів актами цивільного законодавства визнаються акти Президента України, що регулюють цивільні відносини у випадках, встановлених Конституцією та постанови Кабінету Міністрів України, які не суперечать положенням ЦК та поточним законам України. Інші органи державної влади, органи влади Автономної Республіки Крим можуть видавати нормативно-правові акти, що регулюють цивільні відносини, лише у випадках і в межах, встановлених Конституцією України та законом.

Принципово важливим для регулювання договірних відносин є правила, закріплені в ст. 6 ЦК щодо співвідношення закону і договору, згідно з якими сторони не тільки мають право укладати не передбачені актами цивільного законодавства договори (за умови, що вони відповідають загальним засадам цивільного законодавства) та врегульовувати свої відносини стосовно понайменованих договорів у разі, коли вони не врегульовані актами цивільного законодавства, а й відступати в договорах, що укладаються ними, від імперативних положень зазначених актів, регулюючи свої відносини на свій розсуд. Це означає, як правильно зазначає З. Ромовська, що в договірній сфері ЦК відсуває закон на друге місце, віддаючи перевагу договору. Співвідношення питомої ваги імперативних і диспозитивних норм ЦК вирішує на користь останніх. Положення актів цивільного законодавства тлумачаться як диспозитивні, крім випадків, коли в них прямо вказано на неможливість для сторін у договорі відступати від положень цих актів, а також у разі, якщо обов'язковість для сторін положень актів цивільного законодавства впливає з їх змісту або із суті відносин між сторонами. Отже, в договірній сфері закон перестає вважатися істиною в останній інстанції, сторони мають право відступати від його положень, коригуючи його до своїх інтересів [12].

Важко переоцінити значення закріплення в ЦК такої засади цивільного законодавства, як свобода договору. І хоча її зміст полягає у цілій низці складових [13, с.14-19], найважливішим є право сторін відповідно до ст. 627 ЦК вільно визначати умови договору, які у своїй сукупності складають його зміст. Аналіз ст. 628 ЦК дає підстави стверджувати наявність двох видів умов договору, а саме: ініціативних, які вільно визначаються сторонами на свій розсуд; та обов'язкових, коло яких передбачено в актах цивільного законодавства (одна з таких умов - предмет договору, закріплена безпосередньо в ст. 640 ЦК).

Відповідно до цього існують і дві базові моделі правового регулювання договірних відносин - внутрішнє регулювання (саморегулювання) та зовнішнє регулювання. Суть першої полягає в тому, що сторони скористалися наданою їм можливістю само-

регулювання і обмежили коло умов договору лише ініціативними умовами. Це може бути тоді, коли акти цивільного законодавства щодо типу (виду) укладеного сторонами договору взагалі не передбачають кола обов'язкових умов, а також і тоді, коли вони хоча і передбачають їх, але не містять прямого застереження про неможливість сторонам відступати від цих вимог. Суть другої полягає в тому, що сторони відмовилися від наданої їм можливості саморегулювання і погодилися з зовнішнім регулюванням договірних відносин, вміщених щодо цього типу (виду) договору в актах цивільного законодавства. Вважаємо, що можуть бути і певні комбінації цих моделей, але при цьому вони не будуть виходити за межі названих нами і саме тому вони іменуються базовими.

Література

1. *Александров Н.Г.* Право и законность в период развернутого строительства коммунизма. - М.: Госюриздат, 1961.- 271с.; *Алексеев С.С.* Механизм правового регулирования. - М.; Юридическая литература, 1966.-186 с.; *Горшенев В.М.* Способы и организационные формы правового регулирования в социалистическом обществе. - М.: Юридическая литература, 1972- 258 с.
2. *Алексеев С.С.* Механизм правового регулирования. - М.; Юридическая литература, 1966.-186 с.
3. *Иванов В.В.* Общие вопросы теории договора. - М.: Эдиториал УРСС, 2000. - 160 с.
4. *Покровский И.А.* Основные проблемы гражданского права. -М.: Статут, 1998. - 353 с.
5. *Алексеев С.С.* Теория права. Учебник. - М.: БЕК,1994. - 224 с.
6. *Азімов Ч.М.* Поняття і зміст приватного права //Вісник Академії правових наук України. - 1998. -№3(14). - С. 50 - 58.
7. *Плавич И.И.* Исследование проблемы соотношения частного и публичного права //Актуальні проблеми політики.- Одеса, 1999. - Вип.5. - С. 195-200.
8. *Колодій А.М.* Принципи права України. - К.: Юрінком-Інтер, 1998. - 208 с. .
9. *Харитонов Є., Харитонова О.* До питання про значення дихотомії "приватне право - публічне право" //Вісник Академії правових наук України. - 2000. - №2 (21). - С. 83-87.
10. *Алексеев С.С.* Опыт комплексного исследования. -М.: Статут, 1999. - 712 с.
11. *Сибільов М.* Загальна характеристика сфери приватного права // Вісник Академії правових наук України. - 2001. -№2(25). - С. 123-134.
12. *Ромовська З.* Проблеми загальної теорії права у проекті ЦК України//Кодифікація приватного (цивільного) права України за ред. проф. А.Довгерта. - К., 2000. - С. 42 .
13. *Луць В.В.* Контракти у підприємницькій діяльності. - К.: Юрком-Інтер, 1999. - 560 с.

Володимир Луць,

завідувач кафедри цивільно-правових дисциплін Академії муніципального управління (м. Київ), доктор юридичних наук, професор, академік Академії правових наук України

Проблеми договірного регулювання майнових відносин за новим Цивільним та Господарським кодексами України

Проголосивши себе суверенною та незалежною державою, Україна взяла курс на кардинальне реформування суспільного устрою, побудову громадянського суспільства і ринкової економіки, в якій функціонують різні форми власності та підприємництва. У Концепції переведення економіки України на ринкові засади, схваленій Верховною Радою України, зазначається, що перехід до ринкової економіки і саме функціонування ринкового механізму можливі лише за умови, коли основна маса товаровиробників - підприємств, громадян - має свободу господарської діяльності та підприємництва. Результати ж цієї діяльності реалізуються, як правило, на ринку товарів і послуг на договірних засадах. Ось чому непомірно зростає роль цивільно-правового договору як правової форми, яка є найбільш доцільною та адекватною вільним ринковим відносинам формою їх опосередкування.

У складі цивільного права як галузі вітчизняного права інститути договірного права займали і займають одне із чільних місць. Відповідь на запитання, яка ж сфера дії норм договірного права, можна дати, пославшись на ст. 1591 проекту нового Цивільного Кодексу (ЦК) України. В ній йшлося про сферу дії права, що застосовується до договору у відносинах, які регулюються міжнародним приватним правом. Але такою ж мірою ці положення можна екстраполювати й на "внутрішні" договірні відносини, що регулюються цивільним законодавством. Відповідно до п. 1 ст. 1591 проекту ЦК право, що застосовується до договору, охоплює:

- 1) дійсність договору;
- 2) тлумачення договору;
- 3) права та обов'язки сторін;
- 4) виконання договору;

- 5) наслідки невиконання або неналежного виконання договору;
- 6) припинення договору;
- 7) наслідки недійсності договору;
- 8) передання вимоги та переведення боргу у зв'язку з договором..

На жаль, книги восьмої проекту ЦК "Міжнародне приватне право", де була поміщена ст. 1591, в остаточному варіанті ЦК немає, що збіднює кодекс в цілому і може негативно позначитись на регулюванні цивільних відносин з участю так званого іноземного елемента.

Загальновизнано, що система окремої галузі права будується передусім відповідно до системи (структури) основоположного у даній сфері нормативно-правового акта, яким для галузі цивільного права є ЦК.

Як відомо, на системі чинного Цивільного кодексу Української РСР 1963 р., як і всього цивільного законодавства України, позначився визначальний вплив Основ цивільного законодавства Союзу РСР і союзних республік від 8 грудня 1961 р. Залежно від розмежування компетенції між Союзом РСР і республіками в регулюванні майнових і особистих немайнових відносин [1], склалися три групи договірних відносин, повнота регулювання яких у ЦК 1963 р. виявилася неоднаковою. Першу групу склали відносини, які були предметом регулювання "виключної" компетенції Союзу. Сюди відносилися договори поставки, контрактації, підяду на капітальне будівництво, перевезення, кредитування, страхування та деякі інші. Оскільки названі договірні відносини регулювались загальносоюзним законодавством, до відповідних глав ЦК УРСР 1963 р. без змін і конкретизації були перенесені з Основ загальні положення цих договірних інститутів, які, по суті, рідко застосовувались на практиці. До другої групи віднесено договори, які стали предметом регулювання так званої спільної компетенції Союзу і республік. Це договори купівлі-продажу, майнового та житлового найму, підяду, авторські, про сумісну діяльність тощо. Положення Основ про відповідні договори були конкретизовані і деталізовані у ЦК та інших законодавчих актах республіканського цивільного законодавства.

Нарешті, третю групу склали ті договірні відносини, які не були передбачені Основами і, отже, віддавалися повністю на регулювання законодавства союзної республіки. Тому в ЦК 1963 р. були закріплені положення про договори міни, дарування, безоплатного користування майном, позики, доручення, довічного утримання і деякі інші. Це, так би мовити, особлива частина договірних права, яка складається з окремих договірних інститутів.

Що ж до загальних положень договірних права, то вони в ЦК 1963 р. були розпорошені по різних розділах і главах. Зокрема, у главі 3 "Угоди" були поміщені деякі загальні положення щодо умов дійсності угод, їх форми, наслідків недійсності тощо,

які стосуються й договорів як дво- чи багатосторонніх угод. Деякі загальні норми договірного права містились серед загальних положень про зобов'язання (глави 14-19 розділу III "Зобов'язальне право"). Це передусім норми, що визначають порядок укладення договорів і розв'язання переддоговірних спорів (статті 153-159), підстави виникнення зобов'язань, серед яких на першому місці названо договори (ч.2 ст.151), або закріплюють певні договірні конструкції, наприклад конструкцію договору на користь третьої особи (ст.160), тощо. Що ж до положень, які стосувалися загальних умов виконання зобов'язань, зміни осіб у зобов'язанні, спеціальних способів забезпечення виконання та відповідальності за порушення зобов'язань, то вони або цілком, або переважно були розраховані на договірні зобов'язання, а сам термін "договір" був включений у зміст відповідних статей розділу III ЦК 1963 р. I, зазвичай, договірних відносин стосувались і ті загальні положення ЦК, які визначали зміст та обсяг цивільної правосуб'єктності громадян, юридичних осіб та інших учасників цивільного обороту, норми про право власності, представництво, позовну давність тощо.

Від часу введення в дію другого в історії України ЦК (1 січня 1964 р.) скоро минає вже 40 років. За цей період сталися значні зміни в політичному та економічному житті нашого народу. Україна проголосила свою державну незалежність і перехід до ринкової економіки. Нові зобов'язання у сфері кодифікації, в тому числі цивільного законодавства, взяла на себе держава у зв'язку зі вступом до Ради Європи. Оновлення цивільного законодавства і виведення його на рівень європейських стандартів обумовлені також інтеграцією України у світову економічну систему і тенденцією на уніфікацію правових систем, завдяки яким відбувається стикування і взаємодія національного законодавства різних країн з метою спрощення міжнародних відносин, зняття перешкод у міжнародному обороті товарів, капіталів і робочої сили.

Завдання щодо кодифікації цивільного законодавства, а в його складі договірного права, в сучасний період значною мірою вирішені прийняттям Верховною Радою 29 листопада 2001 р. нового Цивільного кодексу України. Цей акт є кодексом громадянського суспільства, кодексом приватного права, який забезпечує визнання рівності учасників майнових та особистих немайнових відносин, їх вільного волевиявлення та майнової самостійності.

До здобутків нового ЦК слід віднести передусім те, що в ньому, на відміну від ЦК 1963 р., загальні положення про договори виділені із загальних положень про зобов'язання у розділ II книги V "Зобов'язальне право". Тут насамперед дається легальне визначення договору як домовленості (угоди) двох чи більше осіб, яка спрямована на встановлення, зміну або припинення цивільних прав та обов'язків (п.1 ст.626 ЦК), тобто термінові "домовленість" надається властиве йому значення як погодженого волевиявлення двох або більше осіб. Оскільки термін "угода"

мало підходив для визначення односторонньої угоди (сделки) як дії, в якій проявляється воля лише однієї сторони (особи) і в якій немає згоди (погодження) з будь-якою іншою особою, в новому ЦК термін "угода" замінено терміном "правочин".

Дуже важливим є закріплення у новому кодексі загальних принципів цивільного законодавства (ст.3 ЦК), серед яких названі свобода підприємництва і свобода договору. Правда, загальні положення, закріплені у статтях 6 і 627 ЦК, не розкривають повністю змісту принципу свободи договору. Окрім можливості відступу сторін при укладанні договору від положень, закладених у законах та інших нормативно-правових актах, зокрема при виборі контрагента і визначенні умов договору, поняття свободи договору включає також:

- а)** вільний вияв волі сторін на вступ у договірні відносини;
- б)** свободу вибору сторонами форми договору;
- в)** право сторін укладати як договори, передбачені законом, так і договори, які законом не передбачені, але йому не суперечать;
- г)** право сторін за своєю згодою змінювати, розривати або продовжувати дію укладеного ними договору;
- д)** визначати способи забезпечення договірних зобов'язань;
- е)** право встановлювати форми (міри) відповідальності та умови їх застосування при порушенні сторонами договірних зобов'язань тощо [2, с.215-222]. Проте свобода договору не є безмежною: вона існує в рамках чинних нормативних актів, звичаїв ділового обороту, а дії сторін договору мають ґрунтуватися на засадах розумності, добросовісності та справедливості.

У новому ЦК (ст. 203) сформульовані загальні вимоги, додержання яких є необхідним для чинності (дійсності) правочину. Раніше умови дійсності угод виводились із норм цивільного законодавства доктринальним шляхом. Тепер ці загальні вимоги до чинності правочинів, у тому числі й договорів, зводяться до таких:

- 1)** зміст договору не може суперечити положенням цього кодексу, цивільного законодавства, а також моральним засадам суспільства;
- 2)** особа, яка вчиняє договір, повинна мати необхідний обсяг дієздатності;
- 3)** волевиявлення учасника договору має бути вільним і відповідати його внутрішній волі;
- 4)** договір має укладатися у формі, передбаченій законом;
- 5)** договір має бути спрямований на реальне настання правових наслідків, що обумовлені ним;
- 6)** договори, що вчиняються батьками (усиновлювачами), не можуть суперечити інтересам їхніх неповнолітніх дітей. Важливим є також закріплення презумпції правомірності правочину (договору), тобто правочин вважається правомірним, якщо його недейсність прямо не

впливає із закону або якщо він не визнаний судом недійсним (ст. 204 ЦК).

Серед загальних положень договірного права, закріплених у новому ЦК, слід відзначити положення, що стосуються змісту договору (ст.628), строку чинності (ст.631) та обов'язкової сили договору (ст.629), і деякі інші.

Зміст договору складають, по-перше, ті умови (пункти), які погоджені сторонами. Як зазначено в п.1 ст.638 ЦК, договір вважається укладеним, якщо між сторонами в потрібній у належних випадках формі досягнуто згоди за всіма істотними його умовами. Істотними є умови про предмет договору, умови, визнані як істотні законом чи необхідні для договорів даного виду, а також усі ті умови, щодо яких за заявою однієї із сторін має бути досягнуто згоди. Якщо договір оформлено письмово у вигляді одного документа, підписаного сторонами, або шляхом обміну листами, телеграмами тощо, то відповідні умови фіксуються в пунктах договору, в яких можуть міститися і посилання на норми чинного у цій сфері законодавства. Оскільки договір є підставою виникнення цивільно-правового зобов'язання, то зміст цього зобов'язання розкривається через права та обов'язки його учасників, визначені умовами договору.

У зміст договору, крім погоджених сторонами умов, входять і ті положення (умови), які приймаються ними як обов'язкові відповідно до актів цивільного законодавства. Воля і волевиявлення учасників договору формуються насамперед під впливом приписів норм права, які містять абстрактну модель взаємовідносин сторін. Договір же є індивідуальним правовим актом, у якому абстрактна модель стосунків осіб, окреслена в загальних рисах у законі, наповнюється конкретним змістом, набирає своєї "плоті та крові". Проте в договорі немає потреби дублювати положення, які є загальними для даного виду договору і передбачені у відповідних нормативних актах (наприклад, щодо розмірів законної неустойки за порушення умов договору), оскільки сторони повинні керуватися ними незалежно від того, включені вони в договір чи ні. При визначенні окремих умов договору сторони можуть враховувати й взірцеві умови, вироблені практикою для договорів певного виду й опубліковані у пресі.

Свобода договору проявляється також у наділенні сторін правом включати в договір умови, які є характерними (істотними) для різних договірних видів. Такі договори прийнято називати "змішаними". До відносин сторін у змішаному договорі застосовуються у відповідних частинах закони та інші нормативно-правові акти про договори, елементи яких містяться у змішаному договорі, якщо інше не впливає з угоди сторін або суті змішаного договору.

Договір, укладений сторонами з дотриманням вимог, необхідних для чинності правочину, у тому числі відповідно до чинних нормативно-правових актів, має обов'язкову силу насамперед для самих сторін. Будучи пов'язаними взаємними пра-

вами та обов'язками (зобов'язаннями), сторони не можуть в односторонньому порядку відмовлятися від виконання зобов'язання або змінювати його умови, крім випадків, передбачених угодою сторін або законом (ст. 525 ЦК). Обов'язкову силу для сторін має й такий договір, який законом не передбачений, але й не суперечить йому.

Договір набуває чинності з моменту його укладення і діє протягом строку, на який він укладений. Договір, який є чинним (дійсним), має обов'язкову силу не лише для сторін. Ним повинні керуватися й органи, які вирішують спори між сторонами цього договору, захищаючи їхні права та інтереси.

Новелами нового ЦК, порівняно з ЦК 1963 р., є визначення понять публічного та попереднього договорів і договору про приєднання. Зрозуміло, йдеться не про винайдення якихось штучних конструкцій, відірваних від реалій життя.

Публічний договір - це узагальнене поняття цивільно - правових договорів, завдяки яким забезпечуються потреби широкого кола споживачів у сферах роздрібної торгівлі, перевезення транспортом загального користування, надання послуг зв'язку, медичного, готельного, банківського обслуговування тощо. Для цих договорів властивими є, по-перше, визначене коло суб'єктів: ними, з одного боку, є особи (підприємці), що у встановленому порядку здійснюють підприємницьку діяльність в одній із зазначених вище сфер, а, з другого, будь-хто і кожний, хто до них звертається для задоволення своїх потреб у товарах чи послугах; по-друге, умови публічного договору встановлюються однаковими для всіх споживачів, крім тих, кому за законом надані відповідні пільги (наприклад пільги, які надані ветеранам війни щодо сплати квартирної плати і комунальних послуг); по-третє, підприємець не повинен надавати переваги одному споживачеві перед іншим щодо укладення публічного договору, якщо інше не встановлено законом. Оскільки діяльність підприємців по обслуговуванню широкого кола споживачів (наприклад, громадян) є публічною, то й договори, що опосередковують цю діяльність, названі публічними. Зокрема, до публічних віднесені: договір роздрібної купівлі - продажу (п.2 ст.698); договір прокату (п.3 ст.787); договір побутового підряду (п.2 ст.865); договір перевезення транспортом загального користування (п.2 ст. 915); договір банківського вкладу, в якому вкладником є фізична особа (пункт 2 ст. 1058); договір складського зберігання, укладений складом загального користування (п.2 ст. 957), та деякі інші. Важливою гарантією прав споживача є також положення про те, що підприємець не може відмовитися від укладення публічного договору за наявності у нього можливостей надання споживачеві відповідних товарів (робіт, послуг). У разі необгрунтованої відмови підприємця від укладення публічного договору він має відшкодувати збитки, завдані споживачеві такою відмовою. Незалежно від відшкодування збитків споживач може наполягати на укладенні публічного договору з підприємцем, звернувшись до суду з позовом про спонукання

підприємця укласти договір. У сфері регулювання відносин за публічними договорами можуть бути прийняті акти цивільного законодавства, що містять правила, обов'язкові для сторін при укладенні та виконанні публічного договору. Умови публічного договору, які суперечать цим обов'язковим правилам, а також є неоднаковими для усіх споживачів (за винятком тих, кому за законом надані відповідні пільги), вважаються нікчемними.

Як і публічний договір, договір приєднання є узагальненою категорією таких цивільно - правових договорів, в яких умови договору встановлені однією із сторін у формулярах або інших стандартних формах і які укладаються лише шляхом приєднання другої сторони до запропонованого тексту договору в цілому. Друга сторона при цьому не може запропонувати свої умови договору. Звичайно, друга сторона сама вирішує, укладати чи не укладати договір на запропонованих їй умовах, тобто тут не порушується принцип свободи договору. Проте необхідність укладення особою договору приєднання, особливо у підприємницькій діяльності, часто обумовлена економічними чи географічними чинниками, коли можливість вибору контрагента є обмеженою. Договори приєднання найчастіше застосовуються у відносинах підприємців з громадянами, коли стандартні умови договорів повторюються неодноразово. Саме тут і розробляються формуляри або інші стандартні форми, в яких умови договору встановлюються однаковими для всіх споживачів і останні лише приєднуються до цих умов, наприклад, страхове свідоцтво (поліс) при особистому страхуванні (ст. 981 ЦК), іменна квитанція при зберіганні речі в ломбарді (п. 1 ст. 967 ЦК) тощо. Такі договори приєднання є одночасно публічними договорами.

Можливість і допустимість зміни чи розірвання договору за вимогою сторони, яка приєдналась, залежать від того, хто заявляє таку вимогу: підприємець чи будь-яка інша особа (фізична або юридична). Коли вимогу про зміну або розірвання договору приєднання заявляє особа (не підприємець), то вона має довести, що завдяки укладенню договору вона позбавляється прав, які звичайно мала, або якщо договір виключає чи обмежує відповідальність другої сторони за порушення зобов'язання або містить інші умови, явно обтяжливі для сторони, яка приєдналась. При цьому має бути доведено, що сторона, яка приєдналась виходячи із своїх інтересів, не прийняла б цих умов за наявності у неї можливості брати участь у визначенні умов договору. Значно більшої обачливості вимагається від особи, яка приєдналася до договору у зв'язку зі здійсненням нею підприємницької діяльності. Сторона, яка надала договір для приєднання, може відмовити підприємцеві, що приєднався, у задоволенні вимоги про зміну або розірвання договору, коли доведе, що сторона, яка приєдналась, знала або могла знати, на яких умовах вона приєдналася до договору.

Практикою сучасного ділового спілкування вироблені певні процедури ведення переговорів щодо укладення в майбутньому договорів, створення спільних підприємств, реалізації госпо-

дарських або соціальних проєктів тощо. Такі переговори і домовленості часто завершуються прийняттям документа, який може мати різну назву: протокол про наміри, попередній договір тощо. Проте для того, щоб такий документ породжував певні юридичні наслідки, він має відповідати ознакам попереднього договору, зазначеним у ст. 635 ЦК.

По-перше, у попередньому договорі міститься зобов'язання сторін протягом певного строку (у певний термін) укласти в майбутньому основний договір на умовах, встановлених попереднім договором. Законом може передбачатись обмеження щодо строку (терміну), в який має бути укладений основний договір на підставі попереднього договору.

По-друге, істотні умови майбутнього основного договору обумовлюються, як правило, на стадії попереднього договору. Якщо вони (або деякі з них) не визначені у попередньому договорі, їх погодження здійснюється в основному договорі в порядку, визначеному в попередньому договорі або актах цивільного законодавства.

По-третє, попередній договір укладається у формі, встановленій для основного договору, а якщо форма основного договору не встановлена, - у письмовій формі. Це може бути один письмовий документ, підписаний сторонами, обмін листами, телеграмами тощо.

Ініціативу щодо укладення основного договору може проявити будь-яка із сторін попереднього договору в порядку обміну між ними офертою та акцептом. Зобов'язання, встановлене попереднім договором, припиняється, якщо основний договір не буде укладений протягом строку (у термін), встановлений попереднім договором, або якщо жодна із сторін не направить другій стороні пропозицію про його укладення. Оскільки з попереднього договору виникає двостороннє зобов'язання сторін укласти основний договір, воно може бути реалізоване шляхом пред'явлення до сторони, яка ухиляється від укладення основного договору, вимоги (позову) в суд про спонукання її укласти договір. Крім того, сторона, яка необґрунтовано ухиляється від укладення договору, передбаченого попереднім договором, повинна відшкодувати другій стороні збитки, завдані простроченням, якщо інше не встановлено попереднім договором або актами цивільного законодавства (п. 2 ст. 635).

Слід відзначити також правила нового ЦК, де йдеться про укладення, зміну і розірвання договору, зокрема визначення понять "оферта", "акцепт", моменту та місця укладення договору, підстав для зміни або розірвання договору тощо.

Важливим як у теоретичному, так і практичному плані є питання про систему договірних прав, зокрема про систему (послідовність) розташування договірних інститутів у ЦК. З цим питанням пов'язана й наукова дискусія щодо критеріїв класифікації цивільно-правових договорів.

Більшість запропонованих у літературі наукових класифікацій договорів побудовані за економічним або юридичним

критеріями, або у поєднанні того й іншого.

В одному з варіантів проекту нового ЦК України було запропоновано групування договорів за названим критерієм (правова мета) із зазначенням найважливіших видів договорів, що відносились до тієї чи іншої групи. Зокрема, договірні зобов'язання були розподілені на такі групи:

- 1) зобов'язання по оплатній реалізації майна (купівля-продаж, поставка, контракція, міна-бартер);
- 2) зобов'язання по оплатній передачі майна в користування (майновий найм, оренда, лізинг, побутовий прокат, житлові зобов'язання);
- 3) зобов'язання по виконанню робіт (підряд, будівельний підряд, підряд на виробництво проектних і розвідувальних робіт, побутовий підряд);
- 4) зобов'язання по наданню послуг (перевезення, експедиція, доручення, зберігання, комісія, по- життєве утримання);
- 5) зобов'язання по безоплатній передачі майна у власність або в користування (дарування, безоплатне користування майном). Окремо виділялися зобов'язання із страхування, розрахункові та кредитні відносини, зобов'язання про сумісну діяльність.

Як видно, групування договорів за певним критерієм (правова мета) у проекті ЦК не було проведене до кінця, оскільки за окремою рубрикацією залишилися договори у сферах страхування, розрахунково-кредитних відносин, спільної діяльності та деякі інші. Крім того, договори зі спільною правовою метою - перехід права власності на майно, а саме договори купівлі-продажу і дарування, виявилися за ознакою оплатності в різних класифікаційних групах. Труднощі у кваліфікації деяких договорів та віднесенні їх до тієї чи іншої групи обумовлені ще й наявністю в них елементів різних договорів (змішані договори). Такими, зокрема, є договори транспортної експедиції, оренди майна з його викупом, на виконання аудиторських робіт тощо. В остаточному варіанті ЦК таке групування договорів не проводиться, хоч і зберігається науково обґрунтована і життєво перевірена система розташування окремих договірних інститутів залежно від того основного правового результату, досягнення якого домагаються сторони, укладаючи той чи інший договір. Разом з тим у розділ III книги п'ятої "Зобов'язальне право" було включено ряд нових договорів, які не передбачалися попередніми варіантами проекту ЦК: ренти, довірчого управління майном, на виконання науково-пошукових і дослідно-конструкторських робіт, факторингу, комерційної концесії.

Особливістю нового ЦК є те, що викладові норм про окремі види договорів передують загальні положення про зобов'язання, які опосередковують відносини з передачі майна у власність або тимчасове користування, виконання робіт і надання послуг, про спільну діяльність тощо. Так, у майновому обороті, пов'язаному з оплатною реалізацією майна, намітилась тенденція до

уніфікації (консолідації) правил про товарний обіг на основі норм про купівлю - продаж. Ця тенденція знаходить підтвердження і нормативне закріплення у новому ЦК, який у главі 54 під назвою "Купівля - продаж" об'єднує договори роздрібної купівлі - продажу, поставки, контрактації, постачання енергетичних та інших ресурсів через приєднану мережу, міни (бартеру), довічного утримання, ренти (частково). Разом з тим у цій главі викладені загальні положення про купівлю - продаж, які застосовуються й до зазначених договорів, якщо інше не передбачено угодою сторін або не впливає з характеру їхніх взаємовідносин. Загальні положення, що стосуються певних груп договорів, виділені також в главах 58 "Найм (оренда)", 63 "Послуги. Загальні положення", 77 "Спільна діяльність", 66 "Зберігання" тощо.

Отже, це дає підставу зробити висновок про те, що в рамках кожної із зазначених вище груп договорів формується певний тип договору (купівлі - продажу, майнового найму, підряду, надання послуг, спільної діяльності тощо), у межах якого виділяються окремі види договорів.

Паралельною до Цивільного кодексу виявилась кодифікація договірної права в рамках Господарського кодексу (ГК) України від 29 листопада 2001 р. Зокрема, в розділі IV цього кодексу поміщені загальні положення про господарські зобов'язання (глава 19) і господарські договори (глава 20). Поняття "господарський договір" вживається й у статтях 10 та 11 Господарського процесуального кодексу (ГПК) України [11, с. 56], де йдеться про врегулювання розбіжностей (спорів), що виникають при укладанні, зміні або розірванні господарських договорів. Проте ні в ГК, ні в ГПК не дається визначення господарського договору, як і немає одностайності у визначенні цього поняття в літературі з господарського права, виданій в Україні за останні роки [3, с.59; с. 563].

Е літературі [4] та деяких актах уніфікації правил про міжнародні договори використовується поняття "комерційний договір". Так, у коментарях до Принципів міжнародних комерційних договорів, розроблених у рамках Міжнародного інституту уніфікації приватного права (УНІДРУА) [5, с.2], зазначається, що концепція "комерційні договори" (на відміну від "споживчого договору") повинна розумітися по можливості широко з тим, щоб включати в себе не лише підприємницькі угоди на поставку або обмін товарами чи послугами, а й інші типи економічних угод, таких як інвестиційні або концесійні угоди, договори про надання професійних послуг тощо

Крім понять господарського і комерційного договорів, у навчальній літературі з цивільного та підприємницького права вживається поняття "підприємницький договір". [6, с.21-26; с.346-347]. Очевидно, цим поняттям об'єднується вужче, порівняно з господарським або комерційним, коло договорів, бо суб'єктами підприємницьких договорів є фізичні чи юридичні особи - підприємці, а підприємницькою вважається ли-

ше така господарська діяльність, яка переслідує мету одержання прибутку.

У ГК (ст. 173) дається загальне визначення господарського зобов'язання, яке об'єднує в собі майново-господарські та організаційно-господарські зобов'язання, що можуть виникати, крім інших підстав, з господарських договорів та інших угод, передбачених законом, а також з угод, не передбачених законом, але таких, що йому не суперечать (ст. 174 ГК). А майново-господарськими визнаються цивільно - правові зобов'язання, що виникають між учасниками господарських відносин при здійсненні господарської діяльності, в силу яких зобов'язана сторона повинна вчинити певну господарську дію на користь другої сторони або утриматися від певної дії, а управлена сторона має право вимагати від зобов'язаної сторони виконання її обов'язку. Майнові зобов'язання, які виникають між учасниками господарських відносин, регулюються ЦК з урахуванням особливостей, передбачених ГК (п. 1 ст. 175 ГК).

ГК містить також ряд загальних положень, що стосуються умов та порядку укладення, зміни і розірвання господарських договорів, вимог щодо виконання та забезпечення господарських зобов'язань, застосування санкцій за їх порушення та деякі інші.

Особливості правового регулювання окремих видів господарсько - договірних відносин визначені у розділі УІ ГК залежно від сфери суспільного виробництва, в якій складаються ці відносини, особливостей галузі господарювання, виду господарської діяльності, економічної форми результату цієї діяльності, простору, на якому складаються ці відносини (внутрішньому чи зовнішньому ринку), особливостей суб'єктів, між якими виникають господарські відносини. Зокрема, договори поставки, контракції сільськогосподарської продукції, енергопостачання, оренди майна та лізингу, міни (бартеру) та зберігання на товарному складі знаходяться у главі 30 "Особливості правового регулювання господарсько - торговельної діяльності". Агентському договору, яким опосередковуються відносини комерційного посередництва у сфері господарювання (агентські відносини), відведено місце у главі 31 ГК. Окремі глави присвячені договорам перевезення вантажів (глава 32), капітального будівництва (глава 33), договорам у сфері інноваційної діяльності, зокрема договору на створення і передачу науково - технічної продукції (глава 34). Договори банківського обслуговування, зокрема кредитний, факторинговий, лізинговий договори, а також договори страхування, аудиту, угоди з цінними паперами охоплюються нормами, що розкривають особливості правового регулювання фінансової діяльності (глава 35). Використання у підприємницькій діяльності прав інших суб'єктів господарювання (договір комерційної концесії) регулюється нормами глави 36. І, нарешті, зовнішньоекономічні договори, зокрема інвестиційні, закріплені у положеннях глав 37 і 38 розділу УІІ "Зовнішньоекономічна діяльність".

Безумовно, таке розташування окремих видів господарських договорів у ГК залежно від сфер господарської діяльності має під собою певне підґрунтя. Проте виникає сумнів щодо віднесення договорів оренди (лізингу) і складського зберігання до сфери господарсько - торговельної діяльності. Договори щодо використання у господарській діяльності прав інтелектуальної власності (глава 16), та комерційної концесії (глава 36) тяжіють до сфери інноваційної діяльності (глава 34). Поняття зовнішньоекономічного договору (глава 37) є узагальненим поняттям окремих видів договорів (купівлі - продажу, майнового найму, перевезення тощо), що застосовуються у зовнішньоекономічній діяльності вітчизняних суб'єктів господарювання з участю іноземних суб'єктів.

Як відомо, прийняті Верховною Радою 29 листопада 2001 р. Цивільний і Господарський кодекси України не були підписані Президентом України і повернуті до істотного доопрацювання Верховній Раді, оскільки поряд з іншими недоліками в них дублюється багато положень договірної права, зокрема тих, що стосуються регулювання господарських договірних відносин.

Лише в січні 2003 р. Верховна Рада прийняла деякі зміни та доповнення до Цивільного і Господарського кодексів, врахувавши зроблені Президентом зауваження до цих актів (хоч і не повністю). Обидва кодекси вводяться в дію з 1 січня 2004 р. Зокрема, з метою усунення дублювання в цих кодексах норм про поставку, контракцію, міну, постачання енергетичними та іншими ресурсами, найм (оренду), перевезення вантажів, до відповідних статей Цивільного кодексу, в яких дається визначення цих договорів, додатково включені положення про те, що законом можуть бути передбачені особливості укладення та виконання того чи іншого договору. Інші ж статті, що стосуються поставки, контракції, енергопостачання, міни, з ЦК виключені.

Проте залишаються без змін положення обох кодексів щодо регулювання відносин у сферах капітального будівництва, страхування, надання фінансових послуг, комерційної концесії та деяких інших сферах господарювання. Виникає запитання: а якими з цих положень, що часто за змістом відрізняються одне від одного, повинні керуватися сторони при укладенні та виконанні договорів, а також органи, що вирішують господарські спори?

Отже, проблеми кодифікації договірної права в Україні в сучасний період остаточно не вирішені.

Література

1. *Поленина С.В.* Основы гражданского законодательства и гражданские кодексы. - М.: 1968.
2. *Луць А.В.* Свобода договору за проектом нового Цивільного кодексу України // Вісник Вищого арбітражного суду України. - 2000. - №3.
3. *Щербина В.С.* Господарське право України. - К.: Атика, 2001.; *Беляневич О.А.* Господарський договір та способи його укладання: Навчальний посібник. - К.: Наукова думка, 2002; *Хозяйственное право: Учебник.* - К.: Юрінком Інтер., 2002.
4. *Дашков Л.П., Бризгалін А.В.* Комерційний договір: від укладення до виконання. - К.: 1996.
5. *Принципы международных коммерческих договоров.* - М.: Международный центр финансово-экономического развития, 1996.
6. *Луць В.В.* Контракти у підприємницькій діяльності: Навчальний посібник. - К.: Юрінком Інтер, 1999. *Предпринимательское право Украины: Учебник.* Под общей ред. канд. юрид. наук Р.Б. Шышки. - Харьков: Эспада, 2001.

Володимир Посполітак,

доцент кафедри менеджменту та економіки Міжнародного Інституту Менеджменту, кандидат юридичних наук

Роксоляна Ханик-Посполітак,

доцент кафедри галузевих правових наук факультету правничих наук Національного Університету "Кієво-Могилянська Академія", кандидат юридичних наук

Зобов'язання за договором про спільну діяльність. Договір простого товариства

Серед різних видів договірних зобов'язань, які відображають процес обміну у суспільстві, зобов'язання за спільною діяльністю посідають окреме місце. Це зумовлено особливостями, властивими даному виду цивільних правовідносин.

У правовому регулюванні спільної діяльності у новому Цивільному кодексі (ЦК) України явно прослідковується вплив римського приватного права. Ще в Інституціях Гая, датованих II століттям нашої ери, досить детально були викладені основні положення договору товариства (*societas*). Внесення вкладів у сумісну діяльність, правовий режим майна учасників товариства, розподіл прибутків та збитків - ці та інші юридичні конструкції римського права багато в чому визначають сучасне законодавче регулювання в Україні спільної діяльності взагалі та простого товариства зокрема. Проте якщо в римському праві основна увага приділялася майновим аспектам внутрішніх взаємовідносин самих учасників, то на рубежі XIX-XX століть стало активно розвиватися регулювання зовнішньої сторони відносин учасників - відносин учасників спільної діяльності з третіми особами.

У законодавстві Російської імперії широко використовувалося поняття товариства як договірного об'єднання осіб, які переслідують спільну мету. Однак питання щодо правосуб'єктності таких об'єднань (наявності чи відсутності ознак юридичної особи) викликало серйозні суперечки в цивілістиці і неодноразово вирішувалося судовою практикою. З певною долею умовності лише артельні товариства в Російській імперії можна вважати попередником простих товариств.

Відповідно до статті 430 ЦК 1963 року за договором про сумісну діяльність сторони зобов'язуються сумісно діяти для досягнення спільної господарської мети, як-то: будівництво і експлуатація міжколгоспного або державно-колгоспного підприємства або установи (що не передаються в оперативне управління організації, яка є юридичною особою), будування водогосподарських споруд і пристроїв, будівництво шляхів, спортивних споруд, шкіл, родильних будинків, жилих будинків і т. ін. Громадяни могли укласти договір про сумісну діяльність лише для задоволення своїх особистих побутових потреб. Договори про сумісну діяльність між громадянами і соціалістичними організаціями не допускалися.

Слід зазначити, що останнім часом в Україні було прийнято цілу низку законодавчих актів, які зняли обмеження у здійсненні громадянами і юридичними особами господарської та іншої діяльності. Правовідносини, що виникли і склалися на новій нормативній базі, вийшли за межу вимог деяких чинних законів, зокрема норм глави 38 ЦК УРСР, яка ще до кінця 2003 року регулює зобов'язання за договором про спільну діяльність. Проте законами України "Про власність", "Про підприємництво", "Про підприємства в Україні", "Про зовнішньоекономічну діяльність" ці обмеження було знято. Так, відповідно до ст. 4 Закону України "Про власність" власник має право вчиняти щодо свого майна будь-які дії, що не суперечать закону. Він може використовувати майно для здійснення господарської та іншої не забороненої законом діяльності, зокрема передавати його безоплатно або за плату у володіння і користування іншим особам. Окремо визначається право власника використовувати належне йому майно для підприємницької діяльності (ст.6). Стаття 3 названого закону допускає об'єднання майна, що є власністю фізичних і юридичних осіб.

Новим етапом в розвитку законодавства про спільну діяльність став новий ЦК. В основу глави 77 "Спільна діяльність" ЦК покладено главу 52 "Просте товариство" Модельного ЦК для країн СНД. Тому аналогічні статті можуть бути включені до ЦК інших країн СНД. Це слід враховувати при здійсненні зовнішньоекономічної діяльності, зокрема при застосуванні норм міжнародного приватного права. Однак у Модельному ЦК для країн СНД договір про сумісну діяльність та договір простого товариства розглядаються як тотожні. Таким же шляхом пішли розробники ЦК Російської Федерації (глава 55), ЦК Узбекистану (глава 53), ЦК Грузії (глава 25 розділу 1 книги 3), ЦК Вірменії (глава 55). У новому ЦК України договір простого товариства є лише одним з видів сумісної діяльності і норми, які регулюють відносини у простому товаристві та цього товариства з третіми особами згруповані у параграфі другого глави 77. Норми параграфу першого глави 77 ЦК України поширюються на всі договори про сумісну діяльність, а не тільки на договір простого товариства. Це суттєва відмінність структури глави 77 "Спільна діяльність" нового ЦК України.

Спільна діяльність за новим ЦК України

Головними класифікаційними ознаками зобов'язань, що виникають з договорів про спільну діяльність, є такі:

- а)** здійснюється спільна діяльність осіб (часто більше двох) для досягнення будь-якої загальної мети, що не суперечить законові;
- б)** діяльність здійснюється без створення юридичної особи, хоча метою діяльності може бути створення юридичної особи;
- в)** кожний учасник зобов'язань за спільною діяльністю виступає одночасно як боржник і як кредитор, однак жодний учасник не може вимагати виконання для себе особисто, так само як і не зобов'язаний виконувати зобов'язання безпосередньо іншій стороні;
- г)** взаємні права та обов'язки учасників опосередковані необхідністю досягнення загальної мети;
- д)** на відміну від таких видів зобов'язань як купівля-продаж, міна, дарування, поставка тощо, де відбувається перехід майна від одного власника до іншого, у зобов'язаннях за спільною діяльністю майно часто об'єднується у спільну власність;
- е)** наявність у сторін загального інтересу на відміну, зокрема, від зобов'язань купівлі-продажу, майнового найму (оренди), в яких інтереси сторін протилежні: одна особа має на меті передати (продати, надати в оренду) майно та одержати за нього певну грошову суму, а друга - набути майно у власність або у володіння й користування;
- є)** спільна діяльність вимагає від учасників чіткої організації, тому зобов'язання мають чіткий організаційний характер (укладення договору, надання довіреності тощо);
- и)** сама суть спільної діяльності передбачає, як правило, певну зовнішню реалізацію - вона потребує від сторін вступати у відносини з третіми особами;
- і)** зобов'язання за спільною діяльністю часто тривалі із зазначенням строку або без зазначення строку їх дії;
- ї)** такі зобов'язання мають особистий характер.

Залежно від особливостей співробітництва, цілей, що ставлять перед собою його учасники, та інших чинників зобов'язання за спільною діяльністю спільна діяльність може здійснюватися на основі об'єднання вкладів учасників (просте товариство) або без об'єднання вкладів учасників. Частіше укладаються договори, в яких поєднуються вклади учасників. Але на практиці трапляються й такі, за якими сторони зобов'язуються спільно діяти в загальному інтересі, не роблячи при цьому ніяких внесків (наприклад, договори про виробничу спеціалізацію, про різного роду співробітництво тощо). Ці договори можна назвати договорами про спільну діяльність в широкому розумінні, яке і покладено в основу статті 1130 "Договір про спільну діяльність" нового ЦК. Дана стаття є уточненою ре-

дакцією статті 430 ЦК 1963 року. Згідно з названою статтею нового ЦК за договором про спільну діяльність сторони (учасники) зобов'язуються спільно діяти без створення юридичної особи для досягнення певної мети, що не суперечить законові. Спільна діяльність може здійснюватися на основі об'єднання вкладів учасників (просте товариство) або без об'єднання вкладів учасників.

Слід мати на увазі, що наявність чи відсутність вкладів учасників при спільній діяльності є істотною умовою договору, тому сторонам договору слід указати в договорі інформацію про наявність чи відсутність вкладів учасників.

Форма та умови договору про спільну діяльність за новим ЦК України

Для всіх видів договорів про спільну діяльність новим ЦК (ст. 1131) передбачається два види загальних положень: а) письмова форма договору; б) учасникам договору надається велика диспозитивність у встановленні умов договору, якщо інше не передбачено законом про окремі види спільної діяльності.

Вимоги до простої форми правочину встановлені ст. 207 "Вимоги до письмової форми правочину" ЦК. Правочин вважається таким, що вчинений у письмовій формі, якщо: а) його зміст зафіксований в одному або кількох документах, у листах, телеграмах, якими обмінялися сторони; б) воля сторін виражена за допомогою телетайпного, електронного або іншого технічного засобу зв'язку; в) правочин підписаний стороною (сторонами). Правочин, який вчиняє юридична особа, підписується особами, уповноваженими на це її установчими документами, довіреністю, законом або іншими актами цивільного законодавства, та скріплюється печаткою. Використання при вчиненні правочинів факсимільного відтворення підпису за допомогою засобів механічного або іншого копіювання, електронно-числового підпису або іншого аналога власноручного підпису допускається у випадках, встановлених законом, іншими актами цивільного законодавства, або за письмовою згодою сторін, у якій мають міститися зразки відповідного аналога їхніх власноручних підписів. Якщо фізична особа у зв'язку з хворобою або фізичною вадою не може підписатися власноручно, за її дорученням текст правочину в її присутності підписує інша особа.

У ст. 218 "Правові наслідки недодержання вимоги щодо письмової форми правочину" ЦК встановлені правові наслідки недодержання вимоги щодо письмової форми правочину.

У ст. 1131 ЦК наводиться ряд умов, досягнення згоди за якими є обов'язковим. До таких умов належать:

- а)** координація спільних дій учасників або ведення їхніх спільних справ;
- б)** правовий статус виділеного для спільної діяльності майна;
- в)** покриття витрат та збитків учасників;
- г)** участь учасників у результатах спільних дій.

Слід звернути увагу на те, що ця стаття поширюється як на спільну діяльність на основі об'єднання вкладів учасників (просто товариство), так і без об'єднання вкладів учасників. Однак учасники повинні прописати в договорі питання щодо правового статусу виділеного для спільної діяльності майна, якщо таке виділяється або вказати, що спільна діяльність здійснюється без об'єднання вкладів. У іншому разі договір може бути неукладеним (ст. 638 "Укладення договору" ЦК), оскільки до договорів про сумісну діяльність застосовуються всі норми глави 53 "Укладення, зміна і розірвання договору" ЦК.

Договір простого товариства

Правове регулювання договору простого товариства здійснюється нормами параграфу другого глави 77 "Спільна діяльність" нового ЦК. Правова природа договору простого товариства полягає в тому, що він консенсуальний, взаємний, оплатний, фідучіарний. Норми про просте товариство не містять спеціальних правил щодо форми та порядку укладення договору. Тому застосуванню підлягають норми параграфу першого "Загальні положення про спільну діяльність" глави 77 "Спільна діяльність" нового ЦК та загальні норми про договори.

Ст. 1132 "Договір простого товариства" ЦК містить легальне визначення договору простого товариства. За договором простого товариства сторони (учасники) беруть зобов'язання об'єднати свої вклади та спільно діяти з метою одержання прибутку або досягнення іншої мети. Аналіз визначення договору дозволяє назвати ряд обов'язкових ознак договору простого товариства:

- а)** це об'єднання двох і більше осіб (у другому випадку договір є багатостороннім);
- б)** об'єднання осіб не приводить до утворення юридичної особи, а тому учасникам простого товариства немає потреби здійснювати його державну реєстрацію;
- в)** об'єднання пов'язане з особистою участю кожного з учасників у їхній сумісній діяльності, при цьому значення особистого, довірчого фактору досить велике (ст. 1141 "Припинення договору простого товариства" ЦК);
- г)** для спільної діяльності учасники вносять та об'єднують свої вклади (ст. 1133 "Вклади учасників" ЦК);
- д)** об'єднання створюється з метою отримання прибутку або досягнення іншої мети, яка не суперечить закону (спільне будівництво будинку, дороги, участі в приватизації підприємства тощо).

У тих випадках, коли за договором сторони зобов'язуються спільно діяти з метою отримання прибутку (підприємницька діяльність), сторонами договору можуть бути тільки фізичні особи - підприємці (глава 5 "Фізична особа - підприємець" ЦК), підприємницькі товариства (ст. 84 "Підприємницькі товариств-

ва" та глава 8 "Підприємницькі товариства" ЦК) або непідприємницькі товариства (ст. 85 "Непідприємницькі товариства" ЦК) у випадках здійснення ними підприємницької діяльності згідно з ст. 86 "Здійснення підприємницької діяльності непідприємницькими товариствами та установами" ЦК, тобто якщо ця діяльність відповідає меті, для якої вони були створені, та сприяє її досягненню. У всіх інших випадках коло учасників договору простого товариства ЦК не обмежується.

Залежно від строку дії договори простого товариства поділяються на безстрокові, строкові та з вказівкою на мету у якості скасувальної обставини (ст. 212 "Правочини, щодо яких правові наслідки пов'язуються з настанням певної обставини" ЦК). Залежно від цього поділу по-різному вирішується питання про припинення договору про спільну діяльність в цілому та договору простого товариства зокрема (статті 1141 - 1143 ЦК).

Сфера застосування договору простого товариства є досить ширкою. Це пояснюється спрощеною процедурою створення та діяльності товариства. Такими сферами можуть бути:

- а)** спільна дольова участь у будівництві юридичними особами будинків (у тому числі жилих), споруд, заводів, доріг, гаражів. У цьому випадку такий договір може називатися: договір про сумісну діяльність; участь у дольовому будівництві; дольової участі; про співпрацю тощо. Однак наявність всіх наведених вище ознак дозволяє у більшості випадків кваліфікувати його як договір простого товариства;
- б)** створення акціонерного товариства (ст. 153 "Створення акціонерного товариства" ЦК), товариства з обмеженою або додатковою відповідальністю. У цьому випадку договір називається засновницьким, метою якого є державна реєстрація товариства в якості юридичної особи;
- в)** спільна дольова участь у будівництві житла юридичними та фізичними особами. У цьому випадку фізичні особи беруть участь у будівництві, як правило, грошима, а юридичні особи - підготовкою проектно-кошторисної документації, отриманням земельної ділянки, внесенням додаткових грошей тощо.

Наявність обов'язкових ознак, притаманних договору простого товариства, дозволяє відмежувати його від суміжних. Так, звичайно відносини юридичних осіб при будівництві встановлюються як відносини підрядника й замовника (статті параграфу 3 "Будівельний підряд" глави 61 "Підряд" ЦК). Однак, якщо підрядник бажає не просто побудувати об'єкт, а стати його власником або переслідує якусь іншу мету, він може, за згодою інших учасників договору, внести виконання будівельно-монтажних робіт у якості вкладу в просте товариство. Тоді між ним, замовником та іншими особами виникають відносини учасників простого товариства.

Вклади та режим майна учасників

Новий ЦК істотно розширює перелік тих цінностей, які можна вважати вкладом у спільне майно учасників. Крім майна, під яким розуміють окрему річ, сукупність речей, а також майнові права та обов'язки (ст. 190 "Майно" ЦК), вкладами можуть бути професійні та інші знання, навички та вміння, а також ділова репутація та ділові зв'язки. Так, сторони можуть окремо оцінити ділову репутацію та ділові зв'язки учасника, які дозволяють йому отримати кредит для спільних цілей товариства. Окремим вкладом може бути визнана ділова репутація відомої юридичної особи, включаючи іноземну, чий авторитет на світовому ринку великий. Професійні та інші знання, навички та вміння підтвердити документально досить важко. Цим вони істотно відрізняються від усіх інших вкладів, в тому числі від внесення та оцінки виключних прав. Вирішення проблеми значно полегшується тим, що частина друга статті 1133 "Вклади учасників" ЦК закріплює порядок оцінки вкладів за погодженням між учасниками. Крім того, підтвердженням отримання внесків за сумісною діяльністю є авізо про оприходування майна учасником, який веде спільні справи, або первинний обліковий документ про отримання майна (копія накладної, квитанція до прибуткового ордеру тощо).

Частина друга ст. 1133 ЦК містить норму, згідно з якою вклади учасників передбачаються рівними, якщо інше не випливає з договору чи фактичних обставин. На практиці учасники від рівності вкладів, як правило, відмовляються, ставлячи їх розмір у залежність від оцінки вкладу. В ряді випадків правило про те, як визначити частку кожного з учасників товариства, міститься у самому законі. Фактичними обставинами, які впливають на розмір вкладу, слід вважати такий реальний вклад учасника, який виявився незрівнянно більшим відображеного у договорі або закріпленої ЦК презумпцією рівності вкладів. Обов'язок доказування факту збільшення вкладу лежить на заінтересованій стороні - позивачі. Домовленість учасників про розмір та порядок внесення вкладів у спільне майно є істотними умовами договору простого товариства. Інакше договір вважається неукладеним (ст. 638 "Укладення договору" ЦК).

Ст. 1134 ЦК містить диспозитивну норму, згідно з якою внесене учасниками майно належить їм на праві спільної часткової власності, якщо інше не встановлено договором простого товариства або законом. У цій статті чіткіше, ніж у попередніх визначається правовий режим майна, яке вноситься учасниками, що не мають на нього права власності. Таке майно, внесене учасниками називається "їхнім спільним майном". При цьому слід мати на увазі таке:

- а)** належність майна не на праві власності не перешкоджає його внесенню в якості вкладу;
- б)** правовий режим такого майна визначається в кожному окремому випадку (право оренди, право користування чужим майном тощо);

- в) при визначенні вартості вкладу у спільному майні вартість цього вкладу також повинна враховуватися (наприклад, при передачі права оренди автомобіля вклад може бути оцінено як вартість річної орендної плати).

Ведення на засадах Закону України "Про бухгалтерський облік та фінансову звітність" бухгалтерського обліку спільного майна учасників може бути доручено ними одному з учасників. Користування спільним майном учасників здійснюється за їхньою згодою, а при недосягненні згоди - в порядку, встановленому судом. У такому ж порядку вони розпоряджаються майном, яке належить їм на праві спільної часткової власності. Співвласник має право самостійно розпорядитися своєю часткою у праві спільної часткової власності (ст. 361 "Право співвласника розпорядитися своєю часткою у праві спільної часткової власності" ЦК). Це не означає, що сторони при укладенні договору простого товариства не можуть прийняти на себе додаткових зобов'язань, у тому числі у вигляді такої заборони, оскільки вони зв'язані між собою не тільки відносинами спільної сумісної власності, а й договірними зобов'язаннями.

У тих випадках, коли спільна діяльність учасників спрямована або приводить до створення самостійної юридичної особи (наприклад, засновницький договір акціонерного товариства), договір простого товариства припиняється з моменту державної реєстрації юридичної особи (ст. 89 "Державна реєстрація юридичної особи" ЦК), а спільне майно учасників, якщо інше не передбачено договором, стає власністю створеної юридичної особи. Про обов'язок утримувати спільне майно йдеться у ст.1137 "Спільні витрати та збитки учасників" ЦК.

Ведення спільних справ учасників

У ст. 1135 ЦК виділяється три форми ведення спільних справ учасників:

- а) від імені учасників має право діяти кожний;
- б) справи ведуться спеціально призначеними учасниками;
- в) справи ведуться спільно всіма учасниками.

В останньому випадку для вчинення правочину необхідна згода всіх. Тому застосування третього варіанта ведення справ є неефективним при створенні простого товариства з метою здійснення підприємницької діяльності.

Найбільш ефективною видається друга форма ведення справ. При ній на учасника, якого призначено вести спільні справи, покладається обов'язок вести бухгалтерський облік спільного майна. Цей обов'язок передбачає ведення окремого балансу, своєчасну підготовку та подання бухгалтерської, податкової, статистичної й іншої документації як самим учасникам, так і державним органам, банкам тощо.

Спільні справи ведуться за загальною згодою або, якщо це передбачено договором простого товариства, більшістю голосів. Права учасників при вирішенні загальних питань рівні і не залежать від вкладу у спільне майно. Рішення учасників оформляється або протоколом, або додатковим договором. Якщо протокол загальних зборів не був підписаний усіма учасниками, його навряд чи можна вважати обов'язковим для третіх осіб. У статті міститься новела, яка стосується способу оформлення повноважень учасника, який веде спільні справи. Як і раніше, це може бути довіреність (статті 244 - 250 ЦК), підписана іншими учасниками, а також викладений у письмовій формі договір. Якщо учасники хочуть обмежити права учасника, який веде спільні справи, в частині виду вчинюваних правочинів, їх суми тощо, вони повинні прямо зазначити це в довіреності або в письмовому договорі простого товариства. Інакше вони не зможуть посилатися на обмеження прав учасника, і вчинений ним правочин буде визнаний спільним для всіх. Причому обов'язок доказування того, що в момент вчинення правочину третя особа знала або повинна була знати про існуючі обмеження, покладається на самих учасників.

Частина четверта ст. 1135 ЦК присвячена врегулюванню внутрішніх взаємних майнових претензій учасників, коли один із них вчинив правочин щодо третьої особи:

- а)* від свого імені, але в інтересах усіх учасників;
- б)* від імені всіх, але з перевищенням своїх повноважень.

Якщо учаснику, який вчинив такий правочин, вдасться довести, що він був необхідним для всіх учасників, він може вимагати від них відповідного відшкодування понесених витрат (ст. 1137 "Спільні витрати та збитки учасників" ЦК). У тому випадку, коли цього зробити не вдасться, такий учасник не тільки несе витрати за правочином, а й зобов'язаний відшкодувати іншим учасникам спричинені таким правочином збитки.

Порядок відшкодування витрат і збитків, пов'язаних із спільною діяльністю учасників, визначається договором простого товариства або додатковим договором до нього (ст. 1137 "Спільні витрати та збитки учасників" ЦК). У разі відсутності такої домовленості кожний учасник несе витрати та збитки пропорційно вартості його вкладу у спільне майно. З цього виходить, наприклад, що узгоджений в момент укладення договору кількості квартир у спільно збудованому будинку повинні відповідати реальні затрати кожного з учасників виходячи з фактичної вартості будівництва.

До договору, згідно з яким один із учасників повністю звільняється від несення витрат і збитків за позовом заінтересованої сторони, можуть бути застосовані наслідки недійсності нікчемного правочину (ст. 216 "Правові наслідки недійсності правочину" ЦК, а про поняття збитків див. ст. 22 "Відшкодування збитків та інші способи відшкодування майнової шкоди" ЦК).

Питання розподілу прибутку врегульоване у новому ЦК ст. 1139 "Розподіл прибутку". Норми цієї статті стосуються, головним чином, простих товариств, створених з метою здійснення підприємницької діяльності - безпосередньої, самостійної, систематичної, на власний ризик діяльності по виробництву продукції, виконанню робіт, наданню послуг з метою отримання прибутку, яка здійснюється фізичними та юридичними особами, зареєстрованими як суб'єкти підприємницької діяльності у порядку, встановленому законодавством.

Прибуток, одержаний учасниками договору простого товариства в результаті їх спільної діяльності, розподіляється пропорційно вартості вкладів учасників (ст. 1133 "Вклади учасників" ЦК) у спільне майно (ст. 1134 "Спільне майно учасників" ЦК), якщо інше не встановлено договором простого товариства або іншою домовленістю учасників. Частина перша ст. 1139 містить диспозитивну норму. Якщо сторони домовилися про інший порядок розподілу прибутку не в договорі простого товариства, а іншому правочині, то цей правочин повинен бути вчинений у письмовій формі, як і договір простого товариства (ст. 1131 "Форма та умови договору про спільну діяльність" ЦК).

До умови про позбавлення або відмову учасника від права на частину прибутку застосовуються наслідки недійсності нікчемного правочину (ст. 216 "Правові наслідки недійсності правочину" ЦК).

Кредитор учасника договору простого товариства за зобов'язанням, не пов'язаним зі спільною діяльністю, має право, при недостатності іншого майна боржника, пред'явити вимогу про виділ його частки спільного майна учасників повного товариства (стаття 1140 "Виділ частки учасника на вимогу його кредитора" ЦК). Метою такої вимоги є звернення стягнення на це майно у майбутньому (ст. 366 "Звернення стягнення на частку у майні, що є у спільній частковій власності" ЦК). Якщо виділення частки в натурі є неможливим або проти її виділу будуть заперечувати інші учасники товариства, то кредитор може вимагати продажу боржником своєї частки іншим учасником. При цьому слід враховувати переважне право купівлі частки у праві спільної часткової власності та інші умови продажу (ст. 362 "Переважне право купівлі частки у праві спільної часткової власності" ЦК). У разі продажу такої частки учасника простого товариства сума грошей, одержана від її продажу, піде на погашення боргу перед кредитором. Якщо інші учасники відмовляться від придбання частки боржника, кредитор має право в судовому порядку вимагати продажу цієї частки з публічних торгів. Порядок виділу частки в майні, що належить на праві спільної часткової власності, та звернення стягнення на майно боржника шляхом продажу з публічних торгів регулюється статтями 364 "Виділ частки із майна, що є у спільній частковій власності", 366 "Звернення стягнення на частку у майні, що є у спільній частковій власності" ЦК. Також до публічних торгів застосовуються загальні положення про купівлю-продаж, якщо інше не встанов-

лено законом про ці види договорів купівлі-продажу або не випливає з їхньої суті (частина 4 ст. 656 "Предмет договору купівлі-продажу" ЦК).

Право на інформацію

Особлива увага в новому ЦК приділяється праву учасника простого товариства на інформацію, яке є ключовим правом такого учасника (ст. 1136 ЦК). Так, згідно з податковим законодавством податки та обов'язкові платежі сплачують учасники простого товариства окремо. Без своєчасного отримання інформації про спільний прибуток або майно товариства від учасника, який веде спільні справи, інші учасники не зможуть виконати свої обов'язки перед бюджетом. Тому в договорі простого товариства необхідно окремо встановити строки надання й обсяг інформації, необхідної для формування звітної, податкової або іншої документації. Зокрема, для бухгалтерської звітності ці строки не можуть бути більш тривалими, ніж ті, що передбачені нормативно-правовими актами про фінансову та податкову звітність.

Відмова учасника від права на інформацію або його обмеження, в тому числі за домовленістю сторін, є нікчемним правочинном, оскільки обмежує можливість фізичної особи мати не заборонені законом цивільні права та обов'язки. (ст. 27 "Запобігання обмеженню можливості фізичної особи мати цивільні права та обов'язки" ЦК). У цьому разі визнання такого правочину недійсним судом не вимагається (ст. 215 "Недійсність правочину" ЦК) і наступають наслідки, передбачені ст. 216 "Правові наслідки недійсності правочину" ЦК.

Відповідальність учасників простого товариства

У ст. 1138 "Відповідальність учасників за спільними зобов'язаннями" передбачається два види відповідальності (часткова і солідарна) в залежності від того, з якою метою створено товариство і який був характер зобов'язань. Для настання відповідальності важливим є також те, щоб зобов'язання було спільним, тобто пов'язане зі спільною діяльністю (ст. 1135 "Ведення спільних справ учасників" ЦК).

Якщо договір простого товариства не пов'язаний з підприємницькою діяльністю (наприклад, товариство створено для спільних наукових досліджень), відповідальність за договорами з третіми особами настає пропорційно вкладу кожного учасника у спільне майно (часткова відповідальність). При недостатності спільного майна необхідні суми у тій же пропорції стягуються з майна учасників. З моменту припинення договору простого товариства його учасники несуть солідарну відповідальність за невиконаними спільними зобов'язаннями щодо третіх осіб (ст. 1141 "Припинення договору простого то-

вариства" ЦК). За спільними зобов'язаннями, що виникли не з договору (наприклад, спільного заподіяння шкоди), учасники відповідають солідарно (статті 541 "Солідарне зобов'язання", 543 "Солідарний обов'язок боржників" ЦК). Якщо договір простого товариства спрямований на здійснення підприємницької діяльності, учасники відповідають солідарно за всіма зобов'язаннями незалежно від підстав їх виникнення. Якщо договір простого товариства укладений з метою створення юридичної особи, слід керуватися також нормами, які регулюють порядок створення юридичних осіб. Так, згідно з частиною четвертою ст. 96 "Відповідальність юридичних осіб" ЦК особи, які створюють юридичну особу, несуть солідарну відповідальність за зобов'язаннями, що виникли до її державної реєстрації. Юридична особа відповідає за зобов'язаннями її учасників (засновників), що пов'язані з її створенням, тільки у разі наступного схвалення їхніх дій відповідним органом юридичної особи. Аналогічна норма міститься і в частині третій ст. 153 "Створення акціонерного товариства" ЦК щодо створення акціонерного товариства.

Норми про відповідальність є імперативними і не можуть бути змінені сторонами. Вони стосуються зовнішніх відносин учасників з третіми особами. Ці норми дозволяють кредитору визначити, чи є зобов'язання учасників щодо нього частковим чи солідарним, що є дуже важливим для нього при подачі позову. Якщо при солідарному зобов'язанні кредитор має право подати позов як проти всіх учасників простого товариства, так і проти будь-якого з них на всю суму боргу, то при частковій відповідальності він може стягувати з кожного учасника припадаючу на нього частину боргу, пропорційно вартості його вкладу. Підстави й розмір відповідальності учасників перед третіми особами, а також за невиконання або неналежне виконання зобов'язань один перед одним визначається згідно з загальними правилами про відповідальність.

Припинення договору простого товариства

Договір простого товариства припиняється згідно з ст. 1141 "Припинення договору простого товариства" ЦК у разі:

- 1) визнання учасника недієздатним (статті 39 "Визнання фізичної особи недієздатною", 40 "Момент визнання фізичної особи недієздатною", 41 "Правові наслідки визнання фізичної особи недієздатною", 42 "Поновлення цивільної дієздатності фізичної особи, яка була визнана недієздатною" ЦК), безвісно відсутнім (статті 43 "Визнання фізичної особи безвісно відсутньою", 44 "Опіка над майном фізичної особи, яка визнана безвісно відсутньою, а також фізичної особи, місце перебування якої невідоме", 45 "Скасування рішення суду про визнання фізичної особи безвісно відсутньою" ЦК), обмеження його цивільної

дієздатності (статті 36 "Обмеження цивільної дієздатності фізичної особи", 37 "Правові наслідки обмеження цивільної дієздатності фізичної особи", 38 "Поновлення цивільної дієздатності фізичної особи, цивільна дієздатність якої була обмежена" 38 ЦК), якщо домовленістю між учасниками не передбачено збереження договору щодо інших учасників;

- 2) оголошення учасника банкрутом (ст. 53 "Банкрутство фізичної особи-підприємця", частина третя ст. 104 "Припинення юридичної особи", частина третя ст. 110 "Ліквідація юридичної особи", частина друга ст. 151 "Поняття товариства з додатковою відповідальністю" ЦК, Закон України "Про відновлення платоспроможності боржника або визнання його банкрутом"), якщо домовленістю між учасниками не передбачено збереження договору щодо інших учасників;
- 3) смерті фізичної особи - учасника або ліквідації юридичної особи (статті 46 "Оголошення фізичної особи померлою", 47 "Правові наслідки оголошення фізичної особи померлою" та статті книги шостої "Спадкове право" ЦК) або ліквідації юридичної особи (статті 110 "Ліквідація юридичної особи", 111 "Порядок ліквідації юридичної особи", 112 "Задоволення вимог кредиторів" ЦК) - учасника договору простого товариства, якщо домовленістю між учасниками не передбачено збереження договору щодо інших учасників або заміщення учасника, який помер (ліквідованої юридичної особи), його спадкоємцями (правонаступниками);
- 4) відмови учасника від подальшої участі у договорі простого товариства або розірвання договору на вимогу одного з учасників (ст. 1142 "Відмова учасника від подальшої участі в договорі простого товариства та розірвання договору" ЦК), якщо домовленістю між учасниками не передбачено збереження договору щодо інших учасників;
- 5) спливу строку договору простого товариства, якщо договір був укладений на певний строк. Ця підстава є однією з основних, за якої договір припиняється повністю.
- 6) виділу частки учасника на вимогу його кредитора, якщо домовленістю між учасниками не передбачено збереження договору щодо інших учасників (ст. 1140 "Виділ частки учасника на вимогу його кредитора" ЦК);
- 7) досягнення мети товариства або настання обставин, коли досягнення мети товариства стало неможливим.

Даний перелік підстав припинення договору не можна вважати вичерпним. Загальні підстави розірвання договору містяться у ст. 651 "Підстави для зміни або розірвання договору" ЦК. Приміром, сторони можуть припинити договір, розірвавши його не тільки на вимогу одного з учасників або коли досягнення мети товариства стало неможливим, а й тоді, ко-

ли внаслідок зміни обставин мета договору втратила інтерес для сторін. Правові наслідки розірвання договору та вимоги до форми розірвання договору встановлені статтями 652 "Зміна або розірвання договору у зв'язку з істотною зміною обставин" та 653 "Правові наслідки зміни або розірвання договору" ЦК.

У разі припинення договору простого товариства речі, передані у спільне володіння та (або) користування учасників, повертаються учасникам, які їх надали, без винагороди, якщо інше не передбачено домовленістю сторін. Учасник, який вніс у спільну власність річ, визначену індивідуальними ознаками (ст. 184 "Речі, визначені індивідуальними або родовими ознаками" ЦК), має право у разі припинення договору простого товариства вимагати в судовому порядку повернення йому цієї речі за умови додержання інтересів інших учасників і кредиторів.

Поділ майна, що є у спільній власності учасників, і спільних прав вимоги, які виникли у них, здійснюється в порядку, встановленому статтями 364 "Виділ частки із майна, що є у спільній частковій власності", 367 "Поділ майна, що є у спільній частковій власності" ЦК.

Частина третя ст. 1141 "Припинення договору простого товариства" ЦК має істотне значення у випадку, коли договір простого товариства укладено не для здійснення його учасниками підприємницької діяльності. В такому товаристві учасник до припинення договору відповідає за спільними договірними зобов'язаннями усім своїм майном пропорційно вартості його вкладу у спільне майно, а з моменту припинення договору простого товариства - солідарно за невиконаними спільними зобов'язаннями щодо третіх осіб. Якщо договір простого товариства пов'язаний зі здійсненням його учасниками підприємницької діяльності, учасники відповідають солідарно за всіма спільними зобов'язаннями незалежно від підстав їх виникнення як до, так і після припинення договору (ст. 1138 "Відповідальність учасників за спільними зобов'язаннями" ЦК).

У ст. 1142 "Відмова учасника від подальшої участі в договорі простого товариства та розірвання договору" ЦК закріплено два способи припинення зобов'язань учасника простого товариства. Ці способи залежать від виду договору за строком його дії: укладений на певний строк або на невизначений строк. У безстроковому договорі простого товариства учасник може зробити заяву про відмову від подальшої участі в товаристві не пізніше як за три місяці до виходу з договору. Оскільки договір про сумісну діяльність повинен бути укладений у письмовій формі (ст. 1131 "Форма та умови договору про спільну діяльність" ЦК), то й заява про вихід повинна бути здійснена у письмовій формі. До умови про обмеження права на відмову від безстрокового договору простого товариства застосовуються наслідки недійсності нікчемного правочину (ст. 216 "Правові наслідки недійсності правочину" ЦК).

Учасник договору простого товариства, укладеного на визначений строк, або договору, у якому досягнення мети визначено

як скасувальна умова, має право вимагати розірвання договору у відносинах з іншими учасниками через поважну причину з відшкодуванням іншим учасникам реальних збитків, завданих розірванням договору, тобто втрат, яких вони зазнали у зв'язку зі знищенням або пошкодженням речей, а також витрати, які учасники зробили або мусять зробити для відновлення свого порушеного права (Див. статтю 22 "Відшкодування збитків та інші способи відшкодування майнової шкоди" ЦК). Ступінь поважності причини вимоги про розірвання договору вирішується сторонами, а у разі спору - судом. Загальні підстави й порядок розірвання договору міститься у статтях 651 "Підстави для зміни або розірвання договору", 652 "Зміна або розірвання договору у зв'язку з істотною зміною обставин", 653 "Правові наслідки зміни або розірвання договору", 654 "Форма зміни або розірвання договору" ЦК.

У ст. 1143 ЦК окремо передбачається відповідальність учасника, щодо якого договір простого товариства припинений. Якщо договір простого товариства не був припинений за заявою учасника про відмову від подальшої у ньому участі або у разі розірвання договору на вимогу одного з учасників (ст. 1142 "Відмова учасника від подальшої участі в договорі простого товариства та розірвання договору" ЦК), учасник, участь якого в договорі припинилася, відповідає перед третіми особами за спільними зобов'язаннями, які виникли в період його участі в договорі простого товариства як учасника договору згідно з нормами ст. 1138 "Відповідальність учасників за спільними зобов'язаннями" ЦК. Причому відповідальність такий учасник несе солідарну в межах вимог частини третьої ст. 1141 "Припинення договору простого товариства" ЦК.

Джастін Т. Хол,

керівник проекту "Центр комерційного права"

Забезпечення кредитних зобов'язань нерухомим майном та їх задоволення

Історія питання

У процвітаючих економіках світу в наш час земля та інша нерухомість являють собою значне багатство. Причина цього - у відносно постійних характеристиках землі та нерухомості й в особливій природі прав на нерухоме майно:

- ◆ Нерухомість може використовуватись одночасно багатьма особами;
- ◆ В силу її відносно постійності вона є привабливою для кредиторів з метою забезпечення позик.

Роль іпотечного кредитування є такою важливою тому, що на ринках розвинених країн потенційний покупець майже ніколи не платить грошима повну ціну нерухомості. Для цього є багато причин:

- ◆ Покупець не має в наявності стільки грошей для здійснення купівлі, але може отримати достатній прибуток від свого бізнесу протягом певного часу;
- ◆ Покупець має достатньо наявних грошей, але не хоче зв'язувати всі свої гроші з придбанням нерухомості;
- ◆ Покупець хоче збільшити свій прибуток на інвестицію шляхом використання кредиту;
- ◆ Існують податкові пільги на позики для придбання нерухомості;
- ◆ Покупець хоче обмежити або розподілити інвестиційні ризики.

Проте хоч якою була би причина, практика показала, що використання фінансування під заставу стало невід'ємною частиною зростання справжнього ринку нерухомості та економіки в цілому.

У 1998 році ринок застави майна комерційного призначення та житла у Сполучених Штатах, який створює майже 80% усіх кредитів, виданих під заставу майна і ще неповернутих, сягнув 4 трильйонів доларів.

Основні принципи іпотеки

Іпотека - це передача права на землю для забезпечення повернення боргу або виконання зобов'язання, яке може бути виражене в грошах або грошовому еквіваленті.

Боржник у цьому випадку є заставидавцем, а кредитор - заставоутримувачем.

Іпотека за своїм призначенням виступає як допоміжна трансакція щодо окремої, пов'язаної з нею трансакції, яка є, як правило, позикою, що створює борг боржника перед кредитором. Тому:

1. Існує угода між боржником та кредитором стосовно боргового зобов'язання.
2. Існує іпотечна угода, за якою боржник надає іпотеку кредитору щодо певних прав на землю для забезпечення повернення боргу.

Борг, як правило, засвідчується борговою розпискою, яка є письмовою обіцянкою боржника сплатити гроші кредитору відповідно до встановленого графіка або на конкретну дату.

Право, яке заставляється, в більшості випадків, але не обов'язково, є правом власності. Можуть бути заставлені інші права на землю, що вільно відчужуються, наприклад право оренди, право покупки за угодою розстрочки платежу отримати право власності, якщо всі виплати зроблені, та таке інше.

У деяких юрисдикціях право боржника передається кредитору зразу ж за умови, що кредитор може бути його позбавлений у разі повернення позики, забезпеченої іпотекою, протягом законодавчо встановленого терміну.

В інших юрисдикціях право власності боржника на рухоме і нерухоме майно залишається у нього, **але** може бути втрачене в разі неповернення боргу.

Різниця між цими двома підходами визначає, хто має юридичне право на володіння майном протягом існування іпотечних відносин. Якщо титул передається кредитору, кредитор має юридичні права на володіння (що не дорівнює фактичному володінню). Якщо боржник утримує це право протягом іпотечних відносин, тоді він має юридичні права на володіння. У разі невиконання зобов'язань у цьому останньому випадку різні юрисдикції по-різному ставляться до питань володіння. У деяких юрисдикціях, якщо боржник не виконує зобов'язання, кредитор може негайно вступити у володіння землею. В інших юрисдикціях кредитор не може вступити у володіння до того, як він повністю не пройде процедуру відчуження майна в разі несплати боргу.

Питання юридичного володіння є критичним через те, що сторона, яка має юридичне право володіння, має право на рен-

ту та прибуток з землі. Рента й прибуток - це загальний дохід або продукти та інші цінні речі, які отримані з землі, в тому числі урожай, корисні копалини, гроші, сплачені власнику, який здав в оренду приміщення, землю або будь-який інший продукт землі.

Будь-яка юридична або фізична особа може взяти іпотеку як забезпечення боргу.

Найбільш поширеним випадком застосування іпотеки фізичними особами є продаж ними землі в кредит, коли іпотека береться для забезпечення сплати купівельної ціни. Це тільки один приклад "іпотеки для фінансування купівлі". Даний термін є спеціальним і гарантує кредиторю певне до нього ставлення.

Проте частіше кредитором виступає кредитна установа - така як банк, іпотечна компанія або інша фінансова установа.

Права боржника та кредитора

Боржник, як правило, має право залишити за собою володіння землею та іншою нерухомістю і використовувати її у звичайний спосіб.

У разі виконання умов боржником кредитор має право отримувати платежі відповідно до умов боргової розписки, забезпеченої іпотекою. Інколи кредитор наполягає на праві періодичної перевірки нерухомості на місці в зручний для боржника час, а також після повідомлення боржника про свій намір провести огляд.

Якщо іпотекою не встановлене інше, боржник має право надавати, здавати в оренду або в інший спосіб відчужувати права на землю та іншу нерухомість (кредитор, як правило, вводить в іпотеку положення, яке обмежує це право в тих випадках, коли це дозволяється законом).

Кредитор має право передавати боргову розписку та іпотеку іншій особі. Це право є дуже цінним і є одним із ключових прав кредитора. Воно складає основу вторинного іпотечного ринку.

Вторинний іпотечний ринок - це національний ринок, де існуючі іпотеки купляються і продаються інвесторам. Такі продажі відбуваються, як правило, шляхом об'єднання декількох іпотек з наступним випуском цінних паперів.

Невиконання зобов'язань

Усі іпотечні договори обумовлюють випадки невиконання зобов'язань. Вони відрізняються залежно від суми, яка забезпечується іпотекою, або від типу трансакції (позика для будівництва, для підприємницьких цілей, для будівництва житла і т. ін.). Перелік таких випадків встановлюється тільки угодою, а не законом. Типовими випадками є:

- ◆ Несплата основної суми або відсотка;
- ◆ Несплата податків на нерухомість;

- ◆ Відсутність страхування, яке захистить кредитора проти будь-яких втрат внаслідок вогню, бурі, вандалізму та інших нещасних випадків;
- ◆ Знищення нерухомості кредитором;
- ◆ Нездатність захистити кредитора від існуючих попередніх позик та обтяжень.
- ◆ Скорочення терміну виплати боргу та право продати майно

Майже всі іпотеки містять те, що називається положенням про скорочення терміну повернення боргу, яким встановлюється, що в разі невиконання зобов'язань кредитор має право оголосити весь несплачений залишок таким, що підлягає терміновій сплаті (разом з тим відсотком, який додається до цієї суми). Якщо це положення не введене в іпотеку, тоді кредитор може отримати тільки ті внески, які не були вчасно сплачені. За наявності положення про скорочення терміну сплати боргу несплата навіть одного платежу дає можливість кредитуру вимагати виплати всієї суми позики.

Іпотечний договір також містить положення, яке дозволяє кредитуру позбавити боржника права повернення застави через судову процедуру або права продати майно на публічному аукціоні, а також надає право кредитуру передати право на землю та іншу нерухомість покупцю через такий аукціон. Якщо такого положення немає, кредитор може задовольнити позику в суді. Деякі юрисдикції не дозволяють кредитуру задовольнити іпотечні претензії поза судом, але в більшості юрисдикцій це дозволяється, якщо сам іпотечний договір містить такий дозвіл.

Позбавлення боржника права викупу майна

Якщо зобов'язання за іпотекою не виконуються, кредитор може вступити в переговори з боржником для того, щоб безпосередньо отримати від нього права на іпотеку і уникнути проходження офіційних процедур, що забирає багато часу та грошей. Такі дії ведуть до досягнення угоди про заміну існуючої процедури щодо задоволення неповерненої позики. Проте такі угоди трапляються не дуже часто тому, що боржник може не захотіти відмовитися від засобів захисту, які надає відповідне законодавство, або кредитор може побоюватися що в разі ведення переговорів з такої угоди, гарантії, на які він має право (державні або інші), можуть втратити юридичну силу. Такі угоди, якщо трапляються, більш поширені серед трансакцій з фінансування підприємницької діяльності порівняно з житловим будівництвом.

Для того, щоб кредитор міг задовольнити іпотечну претензію, повинно мати місце невиконання умов договору, що приводить в дію право продати предмет застави. Процедура задоволення іпотечної претензії може істотно відрізнятися в різних юрисдикціях, але всі юрисдикції дозволяють продаж землі та іншої нерухомості для задоволення несплаченого боргу в разі невиконання зобов'язань.

Більшість юрисдикцій встановлюють, що перед тим, як кредитор може позбавити боржника права повернення заставленого майна, кредитор повинен надіслати боржнику повідомлення такого змісту:

- ◆ Зобов'язання за договором іпотеки не виконуються,
- ◆ Яке саме зобов'язання не виконується,
- ◆ Становище повинно бути виправлене протягом певного терміну (часто 30 днів), в іншому разі боржник буде позбавлений права повернути заставлене майно;
- ◆ Як і де становище повинно бути виправлене,
- ◆ Дата, час і місце проведення аукціонного продажу в разі, якщо іпотечна претензія не буде задоволена.

Таке повідомлення вручається боржнику особисто відповідно до вимог законодавства за адресою боржника, яка зазначена в заставі. Якщо боржником є юридична особа таке повідомлення вручається директору або іншій посадовій особі.

Якщо боржник виправляє становище протягом наданого для такого виправлення терміну, то він опиняється у тому ж становищі, яке мало б місце і в разі відсутності будь-яких порушень боргових зобов'язань (*status quo ante*).

Якщо боржник не виправляє становище протягом наданого йому терміну, вся сума основного боргу та відсоток відразу ж підлягають сплаті у відповідності з положенням про скорочення терміну виплати, яке міститься в іпотечному договорі. Якщо боржник не виправляє становище протягом відведеного йому терміну, кредитор може розпочати процедуру задоволення боргових зобов'язань. Ця процедура регулюється законодавством і побудована таким чином, щоб надати можливість кредитору відносно швидко реалізувати заставу (землю та/або нерухомість) і в той же час надати можливість захисту інтересів боржника.

Продаж предмету іпотеки за встановленою процедурою

Реалізація предмету іпотеки через аукціон проходить такі стадії: повідомлення, яке передуює продажу, продаж та певний період, протягом якого боржник може отримати продане майно назад.

Повідомлення про позбавлення боржника права викупу заставленого майна повинно містити таке:

- ◆ ім'я боржника та кредитора, ім'я третьої сторони, якщо така є і до якої передаються права на іпотеку, а також розмір основної суми, що була забезпечена предметом іпотеки;
- ◆ дата іпотеки, коли і ким зареєстрована;
- ◆ яка сума повинна бути сплачена, які податки, якщо такі є, були сплачені кредитором на дату цього повідомлення;
- ◆ опис заставленого майна;
- ◆ час та місце продажу;
- ◆ час, що надається законодавством для повернення майна боржнику після продажу.

Повідомлення про продаж на публічному аукціоні публікується в спеціальній юридичній газеті протягом законодавчо встановленого терміну (шість послідовних тижнів) перед продажем та вручається тому, хто займає нерухомість, за чотири тижні перед продажем.

Аукціон проводиться державним службовцем. Землі та інше заставлене нерухоме майно продаються тому, хто дасть найвищу ціну. Кредитор пропонує суму в рамках боргу, який винен йому боржник. Той, хто пропонує вищу суму, повинен платити грошима одразу.

На практиці ніхто ніколи не намагається перебити кредитора на такому примусовому продажу через право повернення заставленого майна. Якщо хтось хоче купити землю, він вступає в переговори з власником майна або заставодержателем пізнішого права застави з метою придбання прав викупу заставленого майна і далі користується цим правом протягом встановленого терміну.

По закінченні аукціону державний службовець оформлює документ, яким права на заставлене майно передаються на ім'я особи, яка дала найвищу ціну. Проте ці права підлягають дії права на повернення майна, яким може скористатися боржник чи заставодержатель останньої іпотеки. Такий документ реєструється в реєстрах нерухомого майна.

Якщо таким правом не скористалися, заставлені права (як правило, власність) остаточно належатимуть тому, хто дав найвищу ціну на аукціоні, з того дня, коли спливає термін дії права на повернення майна. З цього дня покупець має права, які не підлягають дії будь-яких інших прав, що виникли після іпотеки, але підлягають дії всіх прав, які виникли до іпотеки.

У тих випадках, коли правом повернення майна скористалися, воно належатиме тій особі, яка це зробила, тобто боржникові.

Якщо найвищу ціну дав банк, то він повинен продати майно протягом п'яти років після придбання. Державна політика, відбита у національному законодавстві США, полягає в тому, що банки не можуть тримати землю у власності протягом тривалого часу, за винятком тієї землі, на якій знаходяться приміщення банку.

Право на повернення майна

Термін для повернення майна - це законодавчо встановлений термін, протягом якого власник, а за ним і останні заставодержателі мають право отримати землю назад після того, як вона була продана за встановленою процедурою. Тривалість такого терміну коливається в різних країнах, але, як правило, складає від шести місяців до одного року після задоволення боргових зобов'язань.

Власник отримує назад своє право шляхом повернення покупцю всіх сум, у тому числі витрат на процедуру реалізації заставленого майна, які несе покупець під час примусового прода-

жу. Шляхом реалізації цього права примусовий продаж анулюється, і власник отримує право власності назад, вже не обтяжене іпотекою, яка була повністю сплачена. Реалізація цього права також повертає всі попередні застави, які були б анульовані примусовим продажем заставленого майна.

Якщо власник не скористається своїм правом отримати майно назад протягом встановленого періоду, попередні заставоутримувачі відповідно до черги своїх застав мають короткий термін (п'ять днів) для того, щоб скористатися своїм правом на повернення майна. Попередні заставодержателі реалізують це право шляхом сплати покупцю всіх належних йому сум за примусовим продажем, а також всіх сум, сплачених попередніми до них заставодержателями, які скористалися своїм правом повернення майна.

Після завершення процедури остання сторона, що користується цим правом, - це власник майна, що є вже повністю вільним від будь-яких обтяжень, анульованих процедурою примусової реалізації заставленого майна.

Право повернення заставленого майна має на меті дати власнику примусово проданого майна останній шанс уникнути втрати заставленої землі та іншої нерухомості.

Це право також забезпечує справедливість ціни, за якою був здійснений примусовий продаж на публічному аукціоні, оскільки, якщо ціна пропозиції була значно нижчою за ринкову вартість реалізованого майна, власник майна може продати своє право на повернення проданого майна і таким чином врятувати частину капіталу, вкладеного у це майно.

Приклад 1. Без викупу

- 1.1. Селянин (С) бажає придбати ділянку землі (З), вартість якої складає 100000 доларів США. Він домовився з Банком (Б), що Банк надасть йому кредит у сумі 90000 доларів США для фінансування викупу землі. Позика на 90000 доларів буде засвідчена борговою розпискою, а Банк бере землю в заставу для забезпечення позики. Селянин купує землю, заставлену на користь Банку в сумі 90000 доларів США.
- 1.2. Через рік С стикається з фінансовими труднощами і пропускає декілька платежів за іпотечною угодою та борговою розпискою. Б надсилає повідомлення С про те, що зобов'язання за позикою не виконуються, і С повинен повернути позика впродовж 30 днів, бо в протилежному випадку Б порушить справу про відчуження заставленого майна на свою користь.
- 1.3. С не може вчасно виплатити позика, і Б розпочинає справу про відчуження майна, готує повідомлення про відчуження майна, в якому визначає, коли і де відбудеться продаж цієї ділянки землі, а також повідомляє, що основна сума позики разом з відсотками, які підля-

гають виплаті, складає 100000 доларів США. Це повідомлення впродовж шести тижнів публікується в юридичній газеті та вручається особисто С за чотири тижні до дати продажу, призначеного на 10 годину ранку 1 червня.

- 1.4.** О 10 годині ранку 1 червня відповідний державний службовець проводить продаж ділянки через аукціон. Б робить заявку на участь у торгах і пропонує за ділянку 100000 доларів, а інших претендентів немає. Майно продається Б за 100000 доларів, і Б отримує довідку про відчуження майна через продаж, про що негайно робиться запис у земельному реєстрі. С має шість місяців для повернення ділянки, але не може цього зробити, оскільки не має власного капіталу (капітал = ринкова вартість - заборгованість, що підлягає сплаті). Власником землі стає Б, а С більше не має прав власності на це майно.

Приклад 2. Повернення майна боржником

- 2.1.** Селянин (С) бажає придбати ділянку землі (З), вартість якої складає 100000 доларів. С домовляється з Банком (Б) про фінансування частини вартості купівлі й позичає 20000 доларів. Позика засвідчується заставною на 20000 доларів, а Б бере ділянку землі як заставу для забезпечення позики.

С купує землю, яка зараз заставлена на користь Б на суму 20000 доларів.

- 2.2.** Через рік С стикається з фінансовими труднощами і пропускає декілька виплат за борговою розпискою та іпотечною угодою. Б надсилає С повідомлення про невиконання умов позики. С повинен повернути борг протягом 30 днів, у протилежному випадку Б порушить справу про відчуження майна.

С не може вчасно виплатити позику, і Б розпочинає справу про відчуження майна, готує повідомлення про відчуження майна, в якому зазначається, коли і де відбудеться продаж цієї ділянки землі, а також повідомляється, що основна сума позики разом з відсотками, які підлягають виплаті, складає 25000 доларів США. Повідомлення публікується впродовж шести тижнів в юридичній газеті та вручається особисто С за чотири тижні до дати продажу, призначеного на 10 годину ранку 1 червня.

- 2.3.** О 10 годині ранку 1 червня відповідний державний службовець проводить продаж ділянки через аукціон. Б робить заявку на участь у торгах і дає за ділянку 25000 доларів, інших претендентів немає. Майно продається Б за 25000 доларів, і Б отримує довідку про відчуження майна через продаж, про що негайно робиться запис у

земельному реєстрі. С має шість місяців для повернення майна назад.

Власний капітал С, вкладений в землю складає (капітал = ринкова вартість - заборгованість, що підлягає виплаті) 100000 доларів - 25000 доларів = 75000 доларів, які С втратить, якщо не викупить цієї ділянки. С не має грошей, щоб заплатити 25000 доларів, що необхідні для викупу.

С виставляє землю на продаж за 65 000 доларів і за цю суму продає її покупцю (П). С отримує 65000 доларів від П та передає права викупу цієї ділянки П.

- 2.4.** П викуповує земельну ділянку у Б впродовж певного періоду часу, сплативши Б 25000 доларів. Б передає довідку про відчуження майна П. Час для викупу ділянки закінчується.

Зараз П є власником землі, вільної від застави та боргів, і всіх прав, які на неї мав Б. П отримав земельну ділянку вартістю 100000 доларів, сплативши за неї лише 90000 доларів.

С отримав готівкою 65000 доларів, що складає частину власного капіталу, який він вклав у цю землю.

Джемі Бауман,

головний юридичний радник проекту "Центр комерційного права"

Використання інформації про кредитні історії позичальників

Вступ

Інформаційні кредитні компанії, відомі також як кредитні бюро (далі в тексті "бюро кредитних історій" або "БКІ") відіграють ключову роль у забезпеченні ефективного функціонування кредитної галузі. БКІ слугують як архіви кредитних історій та фінансових даних громадян і підприємств, про що детальніше йтиметься далі. Коротко діяльність БКІ можна охарактеризувати як збір особистих та кредитних даних про приватних клієнтів та підприємств та надання цих даних членам бюро. Така інформація використовується членами бюро при оцінюванні кредитоспроможності особи, яка звертається за отриманням кредиту, чи здатності та готовності повертати борг. Визначення позичальників з низькою кредитоспроможністю дає змогу кредиторам уникнути можливості надання позик, які не буде повернено. В цьому контексті послуги, що надаються БКІ, відіграють ключову роль у забезпеченні майбутнього процвітання кредитної діяльності як на сформованих ринках, так і на ринках, що розвиваються.

Історія розвитку БКІ

Раніше всі кредитори, включаючи банки, фінансові установи, роздрібних торговців та компанії, що надавали послуги, несли непотрібні фінансові збитки з причини надання позик та кредитів позичальникам, які не хотіли чи не могли повернути борг. Така ситуація склалася через значну кількість помилок у початковому процесі оформлення заявки на отримання кредиту, найсуттєвішою з яких була неспроможність кредиторів встановити достовірність та повноту особистої та фінансової інформації, що подавалася заявниками. Як наслідок, кредити часто надавалися фізичним і юридичним особам, що не виконували своїх борго-

вих зобов'язань чи не погашали позик, які вони отримували від інших кредиторів.

Кредитори зрозуміли, що якби інші кредитори надали їм доступ до історичних даних позичальників, зокрема до інформації про те, як позичальники розпоряджалися кредитами в минулому чи як вони повертали борги, вони з більшим ступенем ймовірності могли б прогнозувати поведінку конкретного позичальника. Інакше кажучи, вони мали б можливість краще оцінити кредитоспроможність позичальників. Засновники перших БКІ, що були створені як неофіційні торговельні асоціації на початку 1900 рр. у галузі виробництва готового одягу в Нью-Йорку, зрозуміли, що об'єднання кредитних даних і надання інформації про клієнтів один одному дасть змогу обмежити кількість непогашених позик. Усі оптові й роздрібні торговці, які надавали дані про своїх клієнтів, отримали доступ до цього "інформаційного фонду" на взаємній основі. Незважаючи на свою технічну недосконалість у порівнянні з нинішніми БКІ концепція кредитних бюро залишається незмінною - кредитори діляться своєю інформацією про клієнтів, що дає їм змогу отримати доступ до більшої бази даних і використовувати одержану інформацію як засіб обмеження у наданні позик та кредитів, зобов'язання за якими не може бути виконано.

На початку 1970-х рр. у багатьох країнах спостерігалось безпрецедентне зростання попиту на кредитні ресурси. Меблеві магазини, агентства з продажу автомобілів, універмаги почали фінансувати операції з продажу власних товарів. Подібно до торговців одягом у Нью-Йорку в 1900-х рр. ці компанії зрозуміли, що для прийняття виважених кредитних рішень їм необхідно більше інформації про осіб, які купують в кредит. У відповідь на підвищення попиту на інформацію було створено декілька приватних БКІ на комерційній основі. З огляду на величезні обсяги інформації, яку було зібрано і надано клієнтам, БКІ перейшла від "паперової" до автоматизованої системи надання послуг. Водночас базова концепція надання інформації кредиторами один одному залишилася незмінною.

Сьогодні державні і приватні БКІ працюють у Північній та Південній Америці, Австралії, Океанії, Європі, Азії та Африці. Лише в США створено понад 1000 БКІ, але визнаними лідерами в даній галузі вважаються три компанії - Equifax, Experian та TransUnion. У ряді інших країн, наприклад у Китаї, Індії, Єгипті, Саудівській Аравії, Казахстані та Індонезії кредитні бюро продовжують створюватись. Широке розповсюдження БКІ по всьому світу свідчить про їхній великий внесок у роботу і процвітання кредитної галузі.

Переваги створення БКІ

У країнах з високорозвинутою кредитною галуззю як кредитори, так і споживачі добре розуміють численні вигоди від послуг, які пропонують БКІ. У цьому розділі ми розглянемо, як БКІ сприяють підвищенню конкуренції в галузі, зберігають фінансову репутацію кредитора, утримують низьку вартість кредитів та сприяють розробці нових кредитних продуктів. Переваги від послуг, які надають БКІ в країнах, що розвиваються, все ще збільшуються. Найважливіше, однак, те, що послуги БКІ допомагають новим ринкам та кредиторам досягти більш ефектвної та економічної практики кредитування.

Конкуренція в галузі

У багатьох країнах доходи від зборів та проценти, отримані від надання позик, стали для кредиторів найнадійнішими і найприбутковішими джерелами одержання доходів. Проте це вірно лише в тому випадку, якщо зобов'язання за позиками виконуються згідно з умовами кредитного договору.

Кредит, що не сплачується має прямі негативні наслідки для балансу кредитора. Кредитори, які неспроможні обмежити кількість позик, що не погашаються, змушені, як правило, скорочувати обсяг послуг, які вони надають, або, в найгіршому випадку, взагалі припинити свою діяльність. Втрата навіть одного кредитора може зменшити наявність кредитних ресурсів на даній території, що може мати руйнівні наслідки для країни, яка розвивається. Послуги, що надають БКІ, допомагають зберегти фінансову стабільність та життєздатність окремого кредитора. Інформація, яку надають БКІ, допомагає кредиторам успішно користуватися страховими стандартами, що дає змогу істотно скоротити обсяги кредитів, які не погашаються. Як наслідок, діяльність таких кредиторів буде більш тривалою і прибутковою.

Наявність кредитних ресурсів та їх вартість

Обмеження кількості безнадійних позик дає змогу кредитору прямо і позитивно впливати на вартість кредиту. Від цього, в свою чергу, вирають як клієнт та кредитна галузь, так і економіка в цілому. Вартість кредиту - це сума, яку кредитор одержує від позичальників у формі відсотка за позицією. Завдяки конкуренції між кредиторами вартість кредитів у галузі знижується, тоді як за наявності лише одного кредитора таке зниження є набагато меншим. Якщо клієнт не виконує свої кредитні чи інші позикові зобов'язання, кредитор змушений шукати спосіб, як відшкодувати чи компенсувати суму збитків. Найбільш традиційним і практичним способом відшкодування суми збитків для кредитора є підвищення розміру процентних ставок для позичальників. Знову ж таки, в найгіршому випадку

кредитор може бути змушений зменшити обсяг своїх послуг та обмежити суму кредитування населення. Як наслідок, непогашені позики безпосередньо впливають на вартість та привабливість кредитів, які надаються іншим позичальникам.

Як було зазначено, інформація, що надається БКІ, допомагає кредиторам вдало запровадити розумні стандарти страхування, які можуть істотно знизити суму непогашених кредитів.

Зниження вартості послуг

БКІ допомагають своїм членам надавати швидкі, ефективні та недорогі послуги шляхом зниження витрат та часу, які витрачаються на обробку заявок на отримання позик. Раніше всю кредитну інформацію збирали та перевіряли працівники кредитора. Це завдання забирало багато часу і було дуже трудомістким. Якщо ж кредитори можуть покластися на інформацію, отриману від БКІ, то потреба в окремих перевірках позичальників відпадає сама собою. Це дає змогу кредитору заощадити час і витрати, що, в свою чергу, може дозволити знизити розміри зборів та вартості послуг. Крім того, кредитор отримує можливість зосередити увагу на прийнятті критичних рішень стосовно самої заявки на отримання позики.

Розширення клієнтської бази

Внаслідок підвищення конкуренції банки та інші кредитори отримують стимул вийти на нові кредитні ринки. Проте брак досвіду роботи на нових ринках створює серйозні ризики для кредитора, які важко виразити цифрами. Інформація, що надають БКІ, допомагає зменшити ці ризики та сприяє здійсненню кредитування на таких ринках. У міру надання більшої кількості кредитів у нових галузях, збільшується і обсяг інформації, що збирається. Це дозволяє іншим кредиторам іти на ризик, якого вони уникали б за інших обставин.

Відповідальність позичальника

Як тільки позичальники усвідомлять економічні переваги збереження високого кредитного рейтингу та краще зрозуміють негативні наслідки невиконання кредитних зобов'язань, у них з'явиться стимул погашати позики згідно з кредитними договорами.

Практика кредитування та запровадження нових кредитних продуктів

БКІ може модернізувати кредитну галузь у регіоні. Ця перевага є особливо важливою для країни, що розвивається. Практика надання кредитів у багатьох країнах, що розвиваються, визначається забезпеченням, а не клієнтом, що мало б більші пере-

ваги. Кредитори, для яких визначальним є забезпечення, слідкують за наявністю забезпечення, тоді як кредитори, орієнтовані на клієнта, дивляться на фінансові ресурси позичальника. Кредитування на основі забезпечення має ряд недоліків, до яких можна віднести завищений розмір забезпечення та неефективне використання активів. Надаючи доступ до достовірної інформації про позичальника, БКІ сприяють переходу від "забезпечувального" до "клієнтського" кредитування. Такий перехід дає змогу розширити клієнтську базу та збільшити кількість категорій позичальників, яким будуть доступні кредитні ресурси.

Як працює БКІ

Як передбачено порядком утворення, БКІ та окремі кредитори укладають "членську угоду" про внесок кредиторів щодо кредитної інформації клієнта в базу БКІ. Тип інформації, що надається залежатиме від законодавства та культури країни, а також конкретної БКІ. Далі буде розглянуто, що при звичайному наданні кредиту подається інформація про поточні та минулі кредитні зобов'язання позичальника. Згідно з умовами членської угоди члени кредитного бюро відповідають за достовірність та повноту інформації, яку вони подають до кредитного бюро. Точність та повнота даних, що подаються, є надзвичайно важливими для ефективної діяльності БКІ. Член бюро також зобов'язаний періодично поновлювати інформацію для забезпечення її відповідності та достовірності.

Різні кредитори збирають та зберігають інформацію у різних форматах. Дуже важливо, щоб БКІ могла так організувати дані, отримані від її членів, щоб вони були корисними для кінцевих користувачів. Залежно від складності систем БКІ, формат та інформація, які надаються в кредитному звіті, можуть бути скориговані згідно з побажаннями конкретного клієнта. В цьому відношенні дані повинні бути складені в доступному для розуміння форматі і виключати хибне тлумачення. Інформація, що надходить від членів бюро, заноситься до основної бази даних. Як правило, база даних організовує інформацію в окремі файли на кожного позичальника. Ведення файлів кожного позичальника вважається найефективнішою системою, яка забезпечує регулярне поновлення інформації. Частота поновлення значною мірою залежить від складності комп'ютерної технології, що використовується клієнтом та БКІ. В деяких країнах інформація поновлюється щодня, хоча цілком звичним є і те, що поновлення відбувається раз на місяць. Роль поточної інформації настільки важлива для ефективного функціонування БКІ, що ті члени, які не можуть чи не хочуть її поновлювати, втрачають право на отримання інформації.

Коли кредитор отримує запит на одержання позики, незалежно від того, чи ця позика спрямовується на купівлю будинку, автомобіля, обладнання, меблів, чи є кредитом послуг телефонної компанії, він, як правило, вимагає письмової заявки від позичальника. Позичальник зазначає в заявці свої основні дані, такі як прізвище, адреса та код платника податку чи ідентифікаційний номер. Кредитор також вимагає подання інформації стосовно минулих та поточних позик клієнта, а також про наявність інших кредитних рахунків, відкритих у період подання заявки. В країнах з розвинутою системою кредитних бюро подання такої інформації заявниками вже не є таким важливим, оскільки її зможе надати БКІ.

Оскільки успішність діяльності БКІ залежить від участі та виконання зобов'язань її членами, БКІ відповідає за організацію та подання інформації ними. Необхідно також створити ефективні системи розпізнавання тих випадків, коли член бюро не подає необхідної інформації. Як тільки такого кредитора виявлено, БКІ повинна вжити заходів аби заборонити йому доступ до бази даних.

Персональна інформація заявника передається до БКІ електронною поштою або факсом. Потім вона порівнюється з інформацією про нього, що зберігається в банку даних. Ця частина процесу називається "кредитний запит". Система веде пошук за всіма базами даних, які вона має, і показує будь-яку інформацію, що стосується певного заявника. Звичайно база даних організовує інформацію в окремі файли за кожним позичальником. В залежності від системи, що використовується, пошук за кредитним запитом займає від декількох хвилин до декількох днів. Інформація, що надається кредитору, організована у формі "кредитного звіту".

Кредитний огляд та кредитний звіт ґрунтуються на поданій інформації. За їх допомогою можна краще спрогнозувати, чи буде повернуто кредит згідно з умовами кредитної угоди. Наприклад, кредитний звіт може відображати кількість випадків, коли позичальник не виконував свої зобов'язання стосовно погашення минулих позик чи невеликих рахунків. Така інформація свідчить про те, що даний заявник може не повернути борг вчасно, а відтак прохання про надання кредиту може бути відхилене. Кредитний звіт може також відображати запити, здійснені іншими кредиторами та дату їх здійснення. Позичальник, який одночасно звертається до декількох кредиторів, викликає занепокоєння, що може бути надано більше ніж одну позику, і через технологічні обмеження про ці позики не було повідомлено БКІ. Така інформація не обов'язково призводить до відмови у наданні позики, але спонукає кредитора до проведення додаткового розслідування.

Хоча ця стаття й не ставить за мету розглянути технологічні аспекти створення БКІ, необхідно зауважити, що технологія відіграє дуже важливу роль у зборі даних, поновленні інформації та її поширенні. Раніше інформація передавалась за допомогою великих магнітних плівок. Водночас це був найзручніший та найефективніший з точки зору витрат спосіб передачі інформації як для кредитора, так і для БКІ. В сучасному світі розвинених технологій інформація може передаватися ще ефективніше за допомогою мережі інтернет та внутрішніх корпоративних мереж. Рівень витрат при цьому значно нижчий в порівнянні з тими, що були в минулому.

Насамкінець, БКІ відповідає за збір та поширення інформації згідно з вимогами відповідного законодавства, включаючи закони про банківську таємницю та про захист особистих даних. Бажано отримати добровільну згоду від заявника, що дозволяла б передавати інформацію БКІ, яке, у свою чергу, надавало би її іншим користувачам (членам).

Вид інформації та наданих послуг

Вид інформації, отриманої від членів, залежить від БКІ та потреб конкретної кредитної галузі. Зазвичай БКІ збирає як основні персональні дані, так і більш детальну фінансову інформацію. В деяких країнах БКІ шукають державні записи /архіви з таких питань, як банкрутство, судові рішення, відчуження і продаж заставленої нерухомості, забезпечені угоди, що включені до бази даних. Проте споживачі та підприємницькі організації надають значну кількість інформації як частину процесу подання заявки на отримання кредиту.

Особиста інформація

Особиста інформація та біографічні дані допомагають підтвердити особу позичальника. Інформація, необхідна для ведення бізнесу, набагато детальніша, але для подання заявки фізичною особою вимагається така основна інформація:

- ◆ прізвище заявника на позику, включаючи попередні прізвища, якими він користувався;
- ◆ ідентифікаційний номер або номер платника податків;
- ◆ дата народження;
- ◆ теперішня та попередня адреси;
- ◆ номер телефону;
- ◆ сімейний стан та кількість утриманців;
- ◆ місце роботи та трудовий стаж.

Ця інформація дає можливість кредитору впевнитися, чи правдиві відповіді дає заявник. У багатьох випадках цієї інформації досить, щоби визначити, чи не припустився заявник на отримання позики шахрайства або істотних помилок. Якщо пода-

но неправдиву інформацію, кредитор може відмовити заявнику, не витрачаючи додаткового часу та коштів.

Фінансова та кредитна інформація

Більшість інформації, яка накопичується в БКІ, подається самими кредиторами і має фінансовий характер. Дані, які збирає БКІ, містять інформацію про минулу та поточну кредитну продуктивність позичальника, а також більш детальну інформацію про кредитні рахунки.

І знову ж таки тип зібраної інформації залежить від певного БКІ та законів, якими захищена недоторканність приватного життя, і зазвичай включає:

- ◆ загальну кількість усіх існуючих позик, іпотек, кредитних карток та інших форм несплачених кредитів, а також минулих і теперішній платіжний стан по кожному рахунку;
- ◆ кількість будь-яких минулих позик, іпотек та інших форм кредитних та платіжних історій по кожному позичальнику;
- ◆ детальне виконання минулих платежів, включаючи кількість неповних та/або несплачених платежів;
- ◆ інші фінансові зобов'язання, такі як оренда та здача в оренду особистого майна.

Державні архіви

Як було зазначено, в деяких країнах для БКІ прийнято отримувати додаткову інформацію з державних архівів. Хоча така інформація надзвичайно корисна для кредитора, доступ до неї в багатьох країнах різко обмежений законами про культуру та недоторканність приватного життя. Тим не менше додаткові показники достовірності щодо сплати податків та інших видів зобов'язань можна знайти в минулій історії заявника. Для іпотечного позикодавця особливо важлива інформація про несплачені податки, оскільки податки та інші зобов'язання перед державою можуть мати першочерговість у питанні відчуження застави боржника. З державних архівів можна отримати таку важливу інформацію:

- ◆ минулі й теперішні судові рішення, сплачені або несплачені;
- ◆ банкрутство;
- ◆ перехід заставленого майна у власність заставоутримувача;
- ◆ податкові застави.

Аналізуючи автобіографічні дані, фінансову інформацію та, де можливо, інформацію з державних архівів, кредитори краще розуміють заявника на кредит та його спроможність чи бажання повернути кредит.

Оцінка кредитного рейтингу

Деякі БКІ пропонують додаткову послугу своїм користувачам у вигляді надання кредитного рейтингу. Кредитний рейтинг визначається для кожного споживача, що подає кредитору інформацію відносно своєї кредитоспроможності. При визначенні кредитного рейтингу береться до уваги широкий спектр факторів, включаючи позитивну та негативну інформацію. В наступному розділі обговорюватимуться переваги використання як позитивної, так і негативної інформації в кредитній оцінці. Навіть за наявності інформації від БКІ оцінка споживача щодо кредитного ризику або його бажання повернути кредит є повільним процесом, який залежить від людських помилок.

Надійна оцінка кредитного рейтингу спрощує в подальшому процес гарантування видачі кредиту. Позикодавці зрозуміли, що оцінка кредитоспроможності може бути такою ж надійною, як їхня власна більш вичерпна та тривала практика гарантованого розміщення кредиту (андеррайтінгу). Однак оцінка кредитного рейтингу базується на дуже складних формулах, розроблених протягом тривалого часу, які беруть до уваги як фінансові, так і культурні фактори. В цьому сенсі новоствореним БКІ, мабуть, недоречно пропонувати оцінку кредитоспроможності в перші роки свого існування.

Негативна й позитивна інформація

Рішення щодо кількості й виду інформації, яку повинно збирати та вести БКІ, є предметом широкої дискусії. В основному, існує два види кредитної інформації - негативна й позитивна.

Негативна інформація, яку іноді називають "чорною", відображає банківські заборгованості позичальника, прострочення та неспроможність зробити вчасні платежі. Позитивні дані вказують на загальний борговий/ податковий тягар заявника, який може бути головним мотивом в оцінці спроможності заявника повернути кредит.

Утворення бази даних, яка містить лише негативну інформацію, є найпростішою формою створення та роботи БКІ через обмежену кількість інформації, яку треба зібрати. Також існує думка, що, коли надається лише негативна інформація, позичальники можуть мати більше заохочення повернути кредити, ніж коли є в наявності і позитивна, і негативна інформація.

Загальновідомо, що позитивна й негативна кредитна інформація розкриває більш повну кредитну історію потенційного позичальника, яка, в свою чергу, дозволяє прийняти більш правильне рішення щодо видачі кредиту.

З практичної точки зору позикодавці не мають великого бажання надавати позитивну інформацію про своїх клієнтів. Існує занепокоєння, що ця інформація буде неправильно використана конкурентами, які націлюються на хороших клієнтів як додаткових отримувачів кредиту. Вимога до членів надавати як позитивну, так і негативну кредитну інформацію залежить від досвіду кредитної культури та від кожного окремого БКІ.

У більшості країн БКІ починали свою роботу з надання негативної інформації, а поступово, розширюючи свої послуги, включали позитивну інформацію про позичальників.

Термін зберігання інформації

Термін, протягом якого БКІ може зберігати інформацію, залежить від законодавства певної країни. Ясно, що боржники з часом змінюються. Молоді недосвідчені фізичні особи можуть змужніти й перетворитися на відповідальних позичальників. Зміни в економіці, промисловому секторі та особистому фінансовому становищі можуть радикально вплинути на виконання зобов'язань позичальника. В цьому сенсі закон зазвичай обмежує кількість років, протягом яких БКІ може зберігати певні види кредитної інформації. Наприклад, у Чехії закон дозволяє новоствореному БКІ зберігати кредитну інформацію протягом 4 років, а в Туреччині - протягом 5 років. Цікаво, що в Польщі негативна інформація може зберігатися протягом 7 років.

Приватні й державні БКІ

Структура БКІ визначає, які особи можуть мати доступ до його бази даних. Як було зазначено, перше БКІ, створене на початку 1900-х рр., не обмежувало доступ до кредитної інформації тих торговців, які зробили свій внесок до інформаційного пулу. З великого різноманіття ця дуже проста первинна структура є основою для багатьох БКІ, що тепер організуються.

Державні БКІ

Деякі країни вибрали державну форму заснування реєстрів або БКІ, якими управляють центробанк чи наглядові органи банку. Хоча в цілому така концепція непогана, державні БКІ мають низку недоліків у порівнянні з приватними кредитними бюро. Зокрема, участь у державних кредитних бюро обмежена з огляду на управління та контроль з боку центробанку. По суті, виключена інформація від небанківських позикодавців, роздрібних продавців та сервіс-провайдерів. Багато державних БКІ збирають інформацію про позики, які перевищують певну суму; такий підхід зовсім виключає інформацію про дрібних позичальників, які намагаються створити свою кредитну історію.

Інформація подається зазвичай добровільно. Кредитори, які не схильні брати участь в обміні інформації, можуть не робити цього. Тому види наданої інформації та кількість учасників можуть бути значно обмеженими.

Крім того, центробанки не орієнтовані на надання послуг; вони піддаються критиці за неспроможність надавати точну інформацію, яка своєчасно потрібна кредитній галузі. Їхній інтерес - це насамперед питання монетарної політики, такі як концентрація кредитів, а не минула робота кредитора. Однак, оскільки інформація подається банківському регуляторному органу, низка питань стосовно приватної(конфіденційної) інформації не розглядається. Незважаючи на ці проблеми, важливо підкреслити, що створення таких державних БКІ зумовлене нагальною потребою в обміні інформацією.

Приватні БКІ

Приватні БКІ перебувають у приватній власності окремої групи учасників, таких як банки, приватні інвестори тощо. Приватні БКІ намагаються пропонувати покращенні послуги в порівнянні з послугами центробанку, в реальному часі та з оперативним доступом до інформації. Різноманітні послуги, що їх надають БКІ користувачам інформації, які сплачують за доступ до бази даних, поширені в США, Канаді, Великій Британії та інших країнах з високорозвинутою індустрією кредитних послуг. У цих країнах користувачами таких послуг є банки, фінансові установи, дрібні кредитори, сервіс-провайдери, страхові компанії та інші установи, які потребують точної кредитної інформації. На користувачів зазвичай не поширюється зобов'язання членів щодо інформації. Їхні зобов'язання обмежуються платою за кожний запит інформації та додержання конфіденційності, коли це вимагається.

У багатьох країнах з перехідною економікою застосовується гібрид моделі БКІ, що поєднує в собі державну та приватну власність. У такому разі використовуються переваги гнучкості приватних БКІ та спроможність до управління державних бюро. За такого варіанту кількість членів обмежується певними банками, що домовилися про внесення інформації. Іншим кредиторам дозволено приєднатися як користувачам послуг, від яких можуть або вимагати, або не вимагати подавати інформацію про клієнтів. Наприклад, у Польщі БКІ засноване 14 банками та Польською банківською асоціацією. В Туреччині притримуються більш ліберального підходу, згідно з яким членами БКІ є банки, кредитні компанії споживачів, фінансові компанії, страхові компанії, біржі та магазини роздрібною торгівлі.

Висновок

БКІ відіграють важливу роль у покращанні фінансового стану і роботи кредитної галузі. Своєчасно надаючи точну кредитну історію позикодавцям та іншим кредиторам, БКІ допомагають обмежити кількість позик, які прострочуються чи не сплачуються. Крім того, в країнах з перехідною економікою послуги БКІ створюють умови для розроблення більш дієвої політики кредитування. В цьому сенсі БКІ сприяють зміцненню фінансової стабільності окремих кредиторів, а також розвитку кредитної галузі та економіки в цілому.