

Міністерство освіти і науки України
ДВНЗ «Прикарпатський національний
університет імені Василя Стефаника»

Юридичний інститут

Міжнародний журнал
ПРАВО І СУСПІЛЬСТВО

International Journal
LAW & SOCIETY

Журнал засновано
у 2014 році

Видається
двічі на рік

Випуск 1

Івано-Франківськ - 2015

ISSN 2410-4787

Свідоцтво

про державну реєстрацію КВ 20893-10623 Р
від 21 липня 2014 року

Головний редактор:

Васильєва В.А.,
доктор юридичних наук, професор

Відповідальний секретар:

Кобецька Н.Р.,
кандидат юридичних наук, професор

М68 Міжнародний журнал «Право і суспільство» [текст]:
за ред. д-ра юрид. наук, проф. Васильєвої В.А. - Випуск 1. –
Івано-Франківськ: Фоліант, 2015. - 202 с.

Випуск підготовлено за матеріалами Міжнародної науково-практичної конференції, організованої Лабораторією проблем корпоративного права Науково-дослідного інституту приватного права і підприємництва імені академіка Ф.Г.Бурчака НАПрН України спільно з Юридичним інститутом Прикарпатського національного університету імені Василя Стефаника (м.Івано-Франківськ, 26-27 вересня 2014 р.) Висвітлюються результати наукових досліджень порівняльно-правової характеристики корпоративного права України та інших європейських країн. Для студентів, слухачів, курсантів юридичних факультетів, науковців, практичних працівників та всіх зацікавлених осіб

Адреса редакційної колегії:

76018, м. Івано-Франківськ, вул. Шевченка, 44а

Тел.: (0342) 59-61-33

E-mail: lawdept@pu.if.ua

© Юридичний інститут ДВНЗ «Прикарпатський
національний університет імені Василя Стефаника», 2015
© Фоліант, 2015

РЕДАКЦІЙНА КОЛЕГІЯ

- Andrzej Herbet, Prof, Dr hab,** Заступник декана Факультету права, канонічного права та адміністрації Католицького університету ім. Павла II (Польща, Люблін)
- Jerzy Malec, Prof, Dr hab,** Ректор Краківської Академії імені А.Ф.Моджевського (Польща, Краків)
- Mariusz Zalucki, Prof, nadzw, Dr hab,** Голова інституту приватного права Академії А.Ф.Моджевського, завідувач кафедри цивільного права (Польща, Краків)
- Konrad Kohutek, Prof, nadzw, Dr hab,** Завідувач кафедри публічного господарського права Академії А.Ф.Моджевського (Польща, Краків)
- Jan Widacki, Prof, Dr hab,** Декан факультету права, адміністрації і міжнародних відносин, Директор Інституту кримінального права та кримінології, Завідувач кафедри кримінології, криміналістики і наук про поліцію Академії А.Ф.Моджевського (Польща, Краків)
- Pawel Czubik, Prof, Dr hab,** Член консультативної ради міністерства закордонних справ Республіки Польща, Професор Ягелонського університету (Польща, Краків)
- William Henry De Soto, Associate Professor (доцент),** Професор факультету політичних наук Техаського університету (США, Техас)
- Nilufer Oral, Prof,** Голова академії екологічного права МСОП, Професор юридичного факультету Стамбульського університету (Туреччина, Стамбул)
- Jamie Benidickson, Prof,** Директор академії екологічного права МСОП, Професор юридичного факультету університету Оттави (Канада, Оттава)
- George Tumanishvili, Prof,** Декан факультету права державного університету Ілії (Грузія, Тбілісі)
- Зорин Георгий Алексеевич, проф., д.ю.н.,** Завідувач кафедри кримінального процесу і криміналістики Гродненського державного університету ім. Янки Купали (Білорусь, Гродно)
- Ларина Ольга Григорьевна, проф., д.ю.н.,** Професор кафедри теорії держави і права Північно-Західного державного університету (Російська Федерація, Курськ)

Сильченко Николай Владимирович, проф., д.ю.н., Декан юридичного факультету Гродненського державного університету ім. Янки Купали (Білорусь, Гродно)

Ташбекова Ирина Юрьевна, проф., д.ю.н., Завідувач кафедри адміністративного і фінансового права Північно-Західного державного університету (Російська Федерація, Курськ)

Чучаев Александр Иванович, проф., д.ю.н., Професор кафедри кримінального права Московської державної юридичної академії, почесний професор Університету Тихоокеанського узбережжя, дійсний член Академії соціальних наук (Росія, Москва)

Адамович Сергій Васильович, проф., д.і.н., Професор кафедри теорії та історії держави і права Юридичного інституту ПНУ ім. В. Стефаника (Україна, Івано-Франківськ)

Борисов В'ячеслав Іванович, проф., д.ю.н., Професор кафедри кримінального права, акад. НАПрН України, академік-секретар Відділу кримінально-правових наук НАПрНУ (Україна, Харків)

Васильєва Валентина Антонівна, проф., д.ю.н., Заслужений юрист України, Директор Юридичного інституту, Завідувач кафедри цивільного права ПНУ ім. В. Стефаника (Україна, Івано-Франківськ)

Кобецька Надія Романівна, проф., к.ю.н., Завідувач кафедри трудового, екологічного та аграрного права ПНУ ім. В. Стефаника (Україна, Івано-Франківськ)

Крупчан Олександр Дмитрович, доц., д.ю.н., Заслужений юрист України, академік НАПрН України, Директор НДІ ПП ім. Ф.Г.Бурчака (Україна, Київ)

Луць Володимир Васильович, проф., д.ю.н., академік НАПрН України, Голова спеціалізованої Ради НДІ ПП ім. Ф.Г.Бурчака (Україна, Київ)

Фріс Павло Львович, проф., д.ю.н., Заслужений діяч науки і техніки України, Завідувач кафедри кримінального права Юридичного інституту ПНУ ім. В. Стефаника (Україна, Івано-Франківськ)

Беляневич О.А.

*доктор юридичних наук,
професор, головний
науковий співробітник
НДІ приватного права
і підприємництва імені
академіка Ф. Г. Бурчака
Національної академії
правових наук України*

Belianevych O. A.

*Doctor of law, professor,
The Head Researcher of the
Institute of Private Law and
Entrepreneurship named after
an academician F.G. Burchak
of the National Academy of
Sciences of Ukraine*

ПРО ЗАСТОСУВАННЯ СУДОМ ЗАСАД ДОБРОСОВІСНОСТІ, РОЗУМНОСТІ І СПРАВЕДЛИВОСТІ ПРИ ВИРІШЕННІ КОРПОРАТИВНИХ СПОРІВ

УДК 347.191:347.99

1. Відповідно до статті 51 Угоди про партнерство та співробітництво між Європейськими співтовариствами й Україною важливою умовою для зміцнення економічних зв'язків між Україною та Співтовариством є зближення існуючого і майбутнього законодавства України із законодавством Співтовариства. Україна має поступово привести своє законодавство у відповідність до законодавства Співтовариства, зокрема має бути забезпечена приблизна адекватність законів про компанії. Процес гармонізації корпоративного законодавства України із корпоративним правом ЄС є достатньо тривалим, але вже зараз у правозастосовній діяльності мають сприйматися такі шляхи вирішення корпоративних спорів, які б забезпечували ефективність захисту корпоративних прав навіть в умовах недосконалого чинного законодавства. Це означає, що у випадках, коли законодавець не реагує на нагальні потреби удосконалення нормативно-правового регулювання корпоративних відносин, зростає значення судового регулювання спірних відносин через індивідуальні акти правозастосування.

2. Загострення економічних проблем в Україні погіршило ситуацію у сфері корпоративних відносин і призвело до істотного збільшення кількості корпоративних спорів, що відповідно до п. 4 ч. 1 ст. 12 Господарського процесуального кодексу України (далі – ГПК) підвідомчі

господарським судам України. Судова практика свідчить про наявність прогалин у законодавчому регулюванні корпоративних відносин, що складаються у товариствах з обмеженою відповідальністю, які (прогалини) тим не менше мають бути подолані судом при вирішенні спорів, адже процесуальним законом забороняється відмова у розгляді справи з мотивів неповноти, неясності, суперечливості чи відсутності законодавства, яке регулює спірні відносини (ч. 7 ст. 4 ГПК). Однією з таких прогалин є законодавча невизначеність моменту виникнення корпоративних прав в учасника ТОВ, з якою, у свою чергу, пов'язана проблема виключення учасника зі складу товариства.

Товариство з обмеженою відповідальністю (далі – ТОВ) є однією з найбільш поширених в Україні організаційно-правових форм ведення малого та середнього бізнесу і формою корпоративного інвестування. Правовий статус ТОВ визначається, як відомо, у двох площинах: законодавчій та саморегульованій (локальних актах товариства). Господарський кодекс України визначає лише загальні засади правового становища господарських товариств (ст.ст. 79-92), у Цивільному кодексі України закріплено основні положення про ТОВ (ст.ст.140-150 ЦК), детальніше регулювання здійснюється спеціальними нормами Закону України «Про господарські товариства» від 19.09.1991 р. (із наступними змінами), але на цей час цими нормами не забезпечується достатня, принаймні з точки зору господарських судів, повнота правового регулювання корпоративних відносин, що складаються в ТОВ. До того ж, масовим явищем в Україні в умовах кризи правосвідомості й правової культури стала недобросовісність поведінки та зловживання своїми правами учасниками ТОВ, що теж має бути оцінено судом при розгляді справи. Прогалинами в законодавстві зумовлене різне застосування місцевими й апеляційними господарськими судами, Вищим господарським судом України та Верховним Судом України норм статті 58 «Вищий орган товариства з обмеженою відповідальністю» та статті 64 «Виключення з товариства з обмеженою відповідальністю» Закону «Про господарські товариства» (проблеми стосуються насамперед того, як слід визначати кількість голосів учасників товариства з обмеженою відповідальністю: пропорційно розміру їх часток, фактично внесених до статутного капіталу товариства, або пропорційно розміру їх часток, зазначених в статутних документах товариств; якщо учасниками фактично не було внесено частку до статутного капіталу, чи впливає це на визначення правомочності загальних зборів учасників та результати голосування з прийняття рішень; чи можуть учасники, які володіють у сукупності більш як 50 відсотками загальної

кількості голосів учасників товариства, реалізувати своє право на виключення недобросовісного учасника шляхом звернення з відповідною вимогою до суду, у випадку систематичної його неучасті в загальних зборах товариства і через це неможливості проведення правомочних зборів та вирішення питання про його виключення).

Про злободенність цих проблем свідчить те, що відповідні норми Закону «Про господарські товариства» стали предметом тлумачення Конституційного Суду України (далі – КСУ). У рішенні КСУ від 05.02.2013 р. у справі №1-3/2013 за конституційним зверненням ТОВ «Ліхтнер Бетон Груп» щодо офіційного тлумачення положень ст. 58, ч. 1 ст. 64 Закону України «Про господарські товариства» зазначено, що «протягом першого року з дня державної реєстрації ТОВ його учасники мають кількість голосів, пропорційну розміру їх часток у статутному капіталі, незалежно від факту повного чи часткового внесення (сплати) вкладів. Питання щодо визначення кількості голосів для повноважності загальних зборів учасників ТОВ та результатів голосування за прийняття їх рішень у разі, якщо протягом першого року з дня державної реєстрації ТОВ учасник не виконав свого обов'язку стосовно формування статутного капіталу, а загальні збори учасників Товариства не прийняли передбачених частиною третьою статті 144 ЦК України і частиною другою статті 52 Закону рішень, відповідно до пунктів 7, 8 частини першої статті 92 Конституції України підлягає законодавчому врегулюванню». Таким чином, КСУ, по суті, лише констатував наявність прогалини в законодавстві, що проблем правозастосування, зрозуміло, не вирішує. У Рекомендаціях Науково-консультативної ради Вищого господарського суду України за підсумками засідання секції першої та другої судових палат, що відбулося 28.11.2013 р., які хоч і не мають обов'язкової сили, але віддзеркалюють тенденції судової практики, зазначено, що при вирішенні справ у спорах, які виникають з корпоративних відносин, необхідно виходити з наступного: «без внесення змін до законодавства частка учасника, який не сплатив повну її вартість протягом року, не може бути змінена автоматично. При визначенні повноважності загальних зборів учасників товариства та результатів голосування враховується кількість голосів учасників, визначена пропорційно розміру їх часток у статутному капіталі, що встановлений статутом товариства, незалежно від вартості фактично внесених (сплачених) ними вкладів» (п. 3). Це уявляється доволі спірним.

При визначенні моменту набуття корпоративних прав учасником ТОВ і вирішенні пов'язаних із цим питань необхідно враховувати логіку корпоративних відносин загалом і норм глави 2 Закону «Про господар-

ські товариства» зокрема, оскільки виникнення корпоративних прав у засновника не може визначатися формально, тобто лише з факту державної реєстрації товариства і на основі відповідного положення статуту товариства.

У літературі справедливо зверталася увага на те, що поняття корпоративних прав *нерозривно пов'язане* із невіддільними від них корпоративними обов'язками, і що ці поняття є неподільними. Відповідно корпоративне право як комплексне за змістом визначається через сукупність усіх прав та обов'язків, які має особа (засновник, учасник) щодо конкретної юридичної особи [1, с. 259-262]. Такий підхід, попри певну неточність власне терміну «корпоративні права», на наш погляд, дозволяє виявити особливості реалізації корпоративних прав у зв'язку із виконанням корпоративних обов'язків, під якими можна розуміти забезпечену корпоративним законодавством чи внутрішньокорпоративними (локальними) нормами міру належної поведінки суб'єкта відповідних правовідносин при набутті чи реалізації ним корпоративних прав, встановлених цими актами [2, с. 107].

Оскільки ТОВ є об'єднанням капіталів, учасник товариства повинен виконувати свої зобов'язання перед товариством, пов'язані з майновою участю, а також вносити вклади у розмірі, порядку та засобами, передбаченими установчими документами (п. «б» ч. 1 ст. 11 Закону «Про господарські товариства»). Право засновника на частку в капіталі товариства зумовлюється *не уявною (номінальною), а фактичною (такою, що відбулася) майновою участю* в капіталі товариства (адже майно передається засновником товариству у власність). Тому право участі у справах товариства (кількість належних учаснику голосів) має на пряму залежати від того, чи виконав засновник свій обов'язок з оплати вкладу в межах визначеної статуту частки.

Ми приєднуємося до висловленої в літературі думки про те, що при первинних способах набуття корпоративних прав вони виникають із моменту їх повної оплати¹. *У разі часткової оплати корпоративні права виникають в оплаченій частині.* Саме так слід розуміти норму ч. 3 ст. 147 ЦК, ч. 3 ст. 54 Закону «Про господарські товариства» про те, що частка учасника товариства з обмеженою відповідальністю може бути відчужена до повної її сплати лише у тій частині, у якій її уже сплачено [1, с. 265].

1 Коректною уявляється аналогія із корпоративними правами акціонера – власника акцій товариства, які впливають з права власності на акції, зокрема право участі в загальних зборах акціонерів мають особи, які є власниками акцій на день проведення загальних зборів (крім установчих зборів).

Таким чином, *корпоративне право засновника виникає з моменту реально виконання свого обов'язку щодо внесення вкладу до статутного капіталу, а право голосу засновника товариства повинно визначатися залежно від сплаченої частини належної йому частки (реально внесеної).*

Встановлюючи обов'язок учасника товариства з обмеженою відповідальністю внести вклад до статутного капіталу в розмірі та порядку, передбаченими установчими документами, законодавець: а) надає можливість учасникам товариства сплатити статутний капітал товариства **до** закінчення першого року з дня державної реєстрації товариства (ч. 1 ст. 52 Закону), тобто річний строк *надається для виконання* обов'язку кожним з учасників щодо внесення вкладу у відповідному розмірі; б) імперативно визначає негативні наслідки невнесення (неповного внесення) учасниками до закінчення першого року з дня державної реєстрації товариства своїх вкладів за невиконання цього обов'язку із закінченням річного терміну (ч. 2 ст. 52 Закону) у вигляді: 1) або виключення зі складу товариства тих учасників, які не внесли (не повністю внесли) свої вклади; 2) або зменшення статутного капіталу та перерозподілу часток у статутному капіталі; 3) або ліквідації товариства¹.

Встановлений законом механізм реалізації санкцій за невиконання учасником обов'язку щодо внесення вкладу до статутного капіталу передбачає *обов'язкове проведення загальних зборів* товариства для прийняття одного із передбачених ч. 2 ст. 52 Закону «Про господарські товариства» рішень. Оскільки законодавець на встановлює будь-яких правил (умов), за якими здійснюється вибір тієї чи іншої санкції, загальні збори мають право обрати її залежно від конкретних обставин.

Можна стверджувати, що виключення зі складу товариства тих учасників, які не внесли (не повністю внесли) свої вклади, є конфліктною ситуацією, тому законодавець передбачає, що такий учасник ТОВ (його представник) *у голосуванні участі не бере* (ч. 1 ст. 64 Закону «Про господарські товариства»). Численна і суперечлива правозастосовна практика свідчить про те, що загалом такий механізм виявився неефективним, а тому *de lege ferenda* він має бути замінений іншим – у вигляді норм, які б імперативно встановлювали правові наслідки невиконання обов'язку щодо оплати учасником частки без необхідності прийняття з цього питання рішення загальних зборів ТОВ. Тим не менше, імперативно вста-

1 У перших двох випадках має відбутися приведення у відповідність номінального розміру часток учасників із фактичним розміром їх внесків до статутного капіталу.

новлюючи загальне правило про те, що: 1) виключення учасника зі складу товариства належить лише до компетенції загальних зборів ТОВ; 2) такий учасник не голосує з питання про виключення його зі складу ТОВ незалежно від визначеної статутом ТОВ розміру його частки, *законодавець у принципі не допускає ситуації неможливості виключення учасника з ТОВ через відсутність кворуму на загальних зборах ТОВ чи інших обставин.*

У сучасних дослідженнях звертається увага на те, що відповідно до принципів корпоративного управління: 1) законодавство має встановлювати справедливі правові норми, які суб'єкти корпоративних правовідносин вважатимуть розумними і добровільно виконуватимуть; 2) норми закону повинні бути не тільки чітко і ясно сформульовані, а й достатньою мірою прості, щоб суб'єкти корпоративних відносин могли користуватися ними, а суди – забезпечити їх виконання [3, с. 454]. Тому, розглядаючи питання про виникнення й реалізацію корпоративних прав крізь призму розумності, справедливості і добросовісності як загальних засад цивільного законодавства, слід керуватися філософсько-правовою аксіомою «De nihilo nihil» («з нічого – ніщо»). Враховуючи сутність ТОВ як об'єднання капіталів, було б нерозумним і несправедливим стосовно добросовісних у виконанні своїх обов'язків учасників ТОВ визнавати за недобросовісними учасниками, які не внесли своєї частки до статутного капіталу або внесли її не в повному обсязі, корпоративні права в такому ж обсязі, у якому вони б існували за умови повної оплати частки. *Це порушувало б і рівний юридичний масштаб поведінки усіх учасників ТОВ.* Тому, на наш погляд, немає перешкод для того, щоб суд з урахуванням усіх обставин справи міг задовольнити позов про виключення учасника із товариства. Має бути врахована і правова позиція ВСУ, викладена в постанові від 21.05.2012 р. у справі № 6-20цс11: «відмова суду касаційної інстанції у задоволенні позову з тих підстав, що обраний позивачем спосіб захисту не передбачений законом не можна визнати обґрунтованим. Крім того, судом не враховано, що законодавчі обмеження матеріально-правових способів захисту цивільного права чи інтересу підлягають застосуванню з дотриманням положень ст. ст. 55, 124 Конституції України та ст. 13 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод, відповідно до яких кожна особа має право на ефективний засіб правового захисту, не заборонений законом».

Отже, розглянута вище ситуація правової невизначеності, яка поки що не усунена законодавцем шляхом внесення відповідних доповнень до

Закону «Про господарські товариства», повинна бути подолана такими шляхами:

1) при судовому тлумаченні норм Закону «Про господарські товариства» необхідно застосовувати сукупність таких способів, як граматичний, логічний та системний (для цього норми ст.ст. 58, 64 Закону мають бути розглянуті в контексті загальних положень про господарські товариства та інших норм Закону, якими визначається правове становище товариств з обмеженою відповідальністю), а також *телеологічний та функціональний*. Особливого значення при цьому набуває, на наш погляд, функціональний спосіб тлумачення, за допомогою якого «норма закону інтерпретується крізь призму умов, в яких вона реалізується і які впливають на її зміст» [4, с. 167], метою такого тлумачення має визнаватися захист прав ТОВ як суб'єкта підприємницької діяльності від дій недобросовісного учасника;

2) у правозастосовній діяльності при вирішенні корпоративних спорів судами необхідно застосувати за аналогією права загальні засади цивільного законодавства – справедливість, добросовісність і розумність як спосіб подолання прогалин у праві, як таких, що мають *безпосереднє регулятивне значення*.

1. V. Kravchuk. *Corporate law. Scientific and Practical Commentary law and practice*. - Kyiv: Truth, 2005. - 720 p.
2. Sarakun I.B. *Implementation of corporate rights of the participants (founders) (civil side): Monograph*. - Kyiv.: Institute of Private Law and Business of the Academy of Legal Science of Ukraine, 2009. - 156 p.
3. *Corporate governance: Monograph / I. Spasybo-Fateieva, A. Kibenko, V. Borisova; ed. prof. I. Spasybo-Fateievoi*. - Kharkiv.: Right, 2007. - 500 p.
4. Todyka Y.N. *Interpretation of the Constitution and laws of Ukraine: Theory and Practice*. - Kharkiv: Fact, 2001. - 328 p.

Беляневич О. А. Про застосування судом засад добросовісності, розумності і справедливості при вирішенні корпоративних спорів.

У статті проаналізована необхідність приведення українського законодавства до вимог законодавства ЄС в цілому та зокрема до законодавства про компанії. Вказується, що загострення економічних проблем в Україні погіршило ситуацію у сфері корпоративних відносин і призвело до істотного збільшення кількості корпоративних спорів. Звернено увагу на наявність прогалин у законодавчому регулюванні корпоративних відносин, зокрема у законодавчій невизначеності моменту виникнення корпоративних прав в учасника ТОВ, з якою, у свою чергу, пов'язана проблема виключення учасника зі складу товариства. Проаналізовано відповідні норми чинного законодавства і зроблено висновок, що корпоративне право засновника виникає з моменту реального виконання

свого обов'язку щодо внесення вкладу до статутного капіталу, а право голосу засновника товариства повинно визначатися залежно від сплаченої частини належної йому частки (реально внесеної). Запропоновано ряд змін до чинного законодавства, а також способи тлумачення норм Закону України «Про господарські товариства»; необхідності застосування судами при вирішенні корпоративних спорів загальних засад цивільного законодавства – справедливості, добросовісності і розумності як способу подолання прогалин у праві.

Ключові слова: корпоративні спори, судовий розгляд, цивільне законодавство, корпоративні відносини, принцип справедливості, принцип добросовісності і розумності, товариство з обмеженою відповідальністю.

Беляневич О. А. О применении судом принципов добросовестности, разумности и справедливости при решении корпоративных споров.

В статті проаналізована необхідність приведення українського законодавства к вимогам законодавства ЄС в цілому і в частині законодавством о компаніях. Указується, що обострення економічних проблем в Україні ухудшило ситуацію в сфері корпоративних відносин і привело к суттєвому збільшенню кількості корпоративних спорів. Обращено внимание на наличие пробелов в законодательном регулировании корпоративных отношений, в частности в законодательной неопределенности момента возникновения корпоративных прав у участника ООО. Проаналізовано відповідні норми діючого законодавства і зроблено висновок, що корпоративне право учредителя возникает с момента реального исполнения своей обязанности по внесению вклада в уставный капитал, а право голоса основателя общества должно определяться в зависимости от оплаченной части принадлежащей ему доли (реально внесенной). Предложено ряд изменений в действующее законодательство, а также способы толкования норм Закона Украины «О хозяйственных обществах»; необходимости применения судами при разрешении корпоративных споров общих принципов гражданского законодательства – справедливости, добросовестности и разумности как способа преодоления пробелов в праве.

Ключевые слова: корпоративные споры, судебное разбирательство, гражданское законодательство, корпоративные отношения, принцип справедливости, принцип добросовестности и разумности, общество с ограниченной ответственностью.

Belianevych O. About the application by the court the fundamentals of honesty, reasonableness and fairness in the corporate disputes.

The author of the article analyzes the need of harmonization of Ukrainian legislation with the legislation of the European Union in general, and with the legislation regarding company law, in particular. It is claimed that growing economic problems in Ukraine worsened the situation in the field of corporate relations and led to a substantial increase in the number of corporate disputes. The author has drawn attention to the gaps in legislative regulation of corporate relations, particularly in

the legal uncertainty since the emergence of the corporate rights of the parties of the Limited Liability Company (LLC), which, in its turn, is linked to the problem of exclusion from the composition of the partnership. In the article it was analyzed the relevant current legislation. Author concluded that the corporate law of the founder of LLC arose from the actual performance of his duty to contribute to the share capital and voting rights of the founder of the company should be determined according to the appropriate part of the paid share (actually introduced). The author proposed a number of amendments to existing legislation: specific steps for the interpretation of the Law of Ukraine «On Business Associations»; the need to be used by the courts in deciding the corporate disputes of the general principles of civil law - justice, good faith and reasonableness as a way to overcome gaps in the law.

Keywords: corporate disputes, litigation, civil law, corporate relations, the principle of fairness, good faith and reasonableness, limited liability company.

Васильєва В. А.

*доктор юридичних наук,
професор, директор
Юридичного інституту
Прикарпатського
національного університету
імені Василя Стефаника*

Vasylyeva V. A.

*Doctor of Juridical Sciences,
Professor, The Director of the
Institute of Law, Precarpathian
National University named
after Vasyl Stefanyk*

ПРОМИСЛОВА ВЛАСНІСТЬ І КОРПОРАТИВНА ВЛАСНІСТЬ: КОНКУРЕНЦІЯ НОРМ

УКД 347.2

У межах поставленої проблеми дослідження слід виокремити групу об'єктів інтелектуальної власності, що в результаті корпоративної трансакції можуть переходити від автора до корпорації як інвестиція до статутного капіталу. Об'єкти інтелектуальної власності, будучи формою участі в корпорації, набувають ознак корпоративної власності і потрапляють в сферу регулювання корпоративного права.

Проаналізувавши об'єкти інтелектуальної власності через призму корпоративного інтересу, очевидно, що в розрізі дослідження найпривабливішим буде інститут промислової власності та його об'єкти. Аналізуючи їх як вклади до статутного капіталу корпорацій, слід окреслити особливості такого товару в порівнянні з матеріальними речами.

Права інтелектуальної власності – це особливий товар, що має відмінні від інших об'єктів цивільних прав ознаки. Насамперед, це зовнішній вираз таких об'єктів, який, як правило, закріплений на матеріальному носіїві та здебільшого визначальна інформаційна складова самого винаходу. Право на об'єкти інтелектуальної власності, будучи за своєю природою абсолютним, може використовуватися одночасно кількома володільцями, що не характерно для власника речових прав. І ось тут надзвичайно важливо як держава закріплює і гарантує абсолютне право власника – право на власний розсуд користуватися та розпоряджатися інтелектуальним продуктом. Разом з тим, на деякі об'єкти патентного права мають права самостійно і незалежно один від одного декілька осіб. Такі абсолютні права в літературі іменують квазіабсолютними правами [3].

Дослідження процесу й правових форм реалізації майнового права інтелектуальної власності та його трансакції в статутний капітал зумов-

люють виділення наступних етапів на цьому шляху. Прийняття рішення про допуск такої участі в статутному капіталі як внесення майнових прав. Таке рішення відображається в установчих документах. Важливим документом з огляду на це є установчий договір. І хоча сьогодні укладення установчого договору не є обов'язковим корпоративним актом, саме при такій умові слід засновникам (учасникам) порадити укладати цей договір.

Отже, умовами легітимізації інтелектуального продукту як оборотного товару є наступне:

- обов'язковість державної реєстрації прав на нього, що підтверджується охоронним документом;
- наявність обов'язкової сплати зборів за підтримання чинності охоронного документа.

Якщо проаналізувати ці ознаки патентного права на предмет придатності до трансакції в статутний капітал, то перш за все за ознакою інвестиційної привабливості цікавим для учасників товариства буде одноосібне володіння створеною корпорацією інтелектуальним продуктом. Певним виключенням з цього правила може бути участь усіх співавторів у формуванні статутного капіталу. Питання доцільності формування статутного фонду за рахунок внесення засновниками (учасниками) об'єктів промислової власності вирішують за погодженням самі учасники товариства. При умові формування статутного фонду із залученням об'єктів патентного права, укладення або приєднання до установчого договору є необхідним для будь-якого організаційно-правового виду корпорації. При формуванні статутного капіталу може виникнути питання про змішану форму участі в його формуванні. На нашу думку, немає перешкод для комбінованого внеску як у грошовій формі, так і у формі інтелектуального капіталу.

Особливості передачі прав інтелектуальної власності до статутного фонду корпорації повинно узгоджуватися й бути оптимальним з урахуванням особливостей двох правових інститутів, а саме інституту корпоративного права та інституту інтелектуальної власності. Така форма участі у формуванні майна юридичної особи повинна бути ефективною і прозорою.

Для трансформації в статутний капітал інтелектуальний продукт повинен набути рис товару. У цьому сенсі важливою є його об'єктивна грошова оцінка. При внесенні до статутного капіталу майнових прав слід визнати за необхідне проведення їх незалежного оцінювання. Однак законодавець не приписує цю умову в імперативній нормі, зазначаючи,

що оцінка майна проводиться у випадках, встановлених законодавством, міжнародними угодами, на підставі договору, а також на вимогу однієї зі сторін угоди [2].

Професійне оцінювання інтелектуальної власності дає змогу:

- визначити розмір частки при внесенні в статутний капітал;
- регулювати обсяг амортизаційних відрахувань і створювати фонди для поновлення нематеріальних активів;
- визначити вартість об'єктів при виході з товариства та виплаті частки в грошовій формі;
- визначити розмір збитку або розмір компенсації щодо незаконного використання об'єктів, що є у власності підприємства, в тому числі самим автором.

Участь у формуванні статутного капіталу майновими правами слід відобразити і у статуті, в якому зазначаються частки усіх засновників і визначається їх вартість у грошовому еквіваленті. При внесенні майнових прав не виключається і змішана форма участі: майнові права плюс грошовий внесок.

На виконання договору юридичній особі передаються документи, що посвідчують виключне праволодіння або за необхідності здійснюється переоформлення такого документа.

І насамкінець, реєстрація виключних прав у ліцензійній палаті.

Отже, для передачі прав на інтелектуальну власність необхідно не тільки передбачити форму такого внеску в установчому документі, але і після реєстрації підприємства укласти відповідний договір.

Чинне законодавство передбачає спеціальну форму розпорядження майновими правами на інтелектуальну власність. Відповідно до ст.1107 ЦКУ це може бути винятково письмовий договір. Формами розпорядження такими правами є ліцензія на використання об'єкта права інтелектуальної власності; ліцензійний договір; договір про створення за замовленням і використання об'єкта інтелектуальної власності; договір про передання виключних майнових прав інтелектуальної власності. Окрім правової формалізації факту передачі до статутного капіталу, не менш важливим є встановлення режиму використання цього об'єкта, порядок продовження строку дії охоронного документа та порядок виходу із корпорації такого вкладника. Тому в контексті корпоративного інтересу адекватною правовою формою такого режиму буде укладення договору про передання майнових прав інтелектуальної власності. Саме в такому сенсі патентно-ліцензійні договори повинні бути адаптовані до корпоративних відносин, адже при умові формування статутного фонду

за рахунок інтелектуальної власності на перший план виступає не порядок користування об'єктами інтелектуальної власності, встановлений між двома суб'єктами, а договір як підстава передачі майнових прав у власність підприємству та порядок його використання, що має бути максимально ефективний. Відносини, які виникатимуть на підставі такого договору будуть за своєю природою зобов'язальними, а не корпоративними.

Подвійна природа договору про передання майнових прав проявляється в тому, що він одночасно підтверджує факт передання майнових прав у власність і закріплює режим користування цими правами. На відміну від інших видів цивільно-правових договорів із передання майна у власність, друга іпостась договору щодо користування правами інтелектуальної власності пов'язана із переданням тільки майнових прав іншому суб'єкту. Залишення абсолютних прав за власником продукує необхідність закріплення в договорі порядку користування майновими правами. Конструкція договорів з передання виключних майнових прав повинна бути модифікована і максимально адаптована до завдань корпоративного регулювання.

Визначальним для змісту такого договору є видання ліцензії (надання дозволу) автором для використання іншою особою. Відповідно до ст. 1108 ЦК розмежовують чотири види ліцензії. Найбільш прийнятною для сфери корпоративних відносин є виключна ліцензія. Вона надає власникові виключне право на використання об'єкта інтелектуальної власності, не допускати видання такої ж ліцензії третім особам та утримуватися від використання продукту інтелектуальної власності самим ліцензіаром. Виключна ліцензія надає право ліцензіату використовувати будь-які способи захисту своїх порушених прав.

Обмінявши інтелектуальний продукт на корпоративні права, автор-учасник зобов'язаний піклуватися про патентну чистоту інтелектуального капіталу. Майнові права автора, будучи «похідними» від абсолютного немайнового права автора, впливають на правові наслідки при припиненні корпорації чи виходу учасника із корпорації. Чи вправі у будь-якому випадку учасник товариства претендувати на повернення йому майна в натурі? Як у цьому випадку захистити інтереси товариства, яке у свій час погодилося на таку інвестицію і, можливо, впровадило у виробничий процес певні наукові відкриття або ж стало знаним на ринку, завдячуючи певним знакам для товарів чи послуг? Перш за все слід закріпити як диспозитивну норму щодо «форми» оплати частки такому учаснику за відчуження корпоративних прав. Аналогічна проблема буде мати місце при

умові відчуження своєї частки третій особі. Чи вправі вона претендувати на статус володільця виключних майнових прав чи тільки на відповідну частку? Чи варто пов'язувати трьох суб'єктів правом корпоративним, зобов'язальним та правом інтелектуальної власності?

При умові, якщо це положення не буде врегульовано у засновницькому або ліцензійно-патентному договорі, то кінцеве вирішення цього питання слід віднести до компетенції загальних зборів. Адже проблемі конкуренції норм права інтелектуальної власності та корпоративного права можна справедливо вирішити тільки в площині реального часу й обставин. Переважними повинні стати інтереси корпорації, і аргументом на користь такого висновку є розгляд майнових прав інтелектуальної власності як інвестиції в розвиток підприємства. Напевно, факт влиття об'єкта інтелектуальної власності до майна товариства також визначає правові пріоритети в регулюванні.

Право інтелектуальної власності, як і корпоративне право, включає у свій зміст сукупність прав: майнових і немайнових. Закріплюючи абсолютність і невідчужуваність немайнових прав та визнаючи товарну спроможність майнових, законодавець змушує нас балансувати між конкурентними нормами щодо обороту майнових прав. Слід стверджувати, що при участі у формуванні статутного капіталу інтелектуальною власністю, об'єкти інтелектуальної власності, що належать підприємству, і подальший їх оборот повинен відбуватися не тільки з врахуванням установчих документів, а й за правилами патентного права. А взамін цього створений новий об'єкт цивільного обороту суб'єктивне корпоративне право «входить» у звичне для суб'єктивного корпоративного права правове поле. Спеціальний режим обороту не пов'язується із формою оплати за нього.

Якщо оборот корпоративних прав учасника покрив вартість інтелектуального капіталу, то такі права повинні обертатися максимально без перешкод. Одночасно слід виставити певні правові обмеження. Власник майнових прав інтелектуальної власності на перший погляд втрачає правовий зв'язок зі своїм творінням. Проте він залишається перебувати в правовій зв'язаності як сторона ліцензійно-патентного договору і як володільць немайнових прав, що може претендувати на повернення майнових прав при прийнятті такого рішення юридичною особою. Тому з урахуванням наведених аргументів слід, напевне, рекомендувати засновникам корпорацій, погоджуючись на участь в формуванні статутного капіталу за рахунок майнових прав інтелектуальної власності, віддавати перевагу отриманню виключних майнових прав на об'єкти інтелектуаль-

ної власності. Для реалізації цього завдання варто укласти з автором –учасником договори про передання виключних майнових прав інтелектуальної власності.

З врахуванням такої ознаки юридичної особи як її майнова відокремленість слід визнати, що найбільш адекватною формою використання майнових прав інтелектуальної власності є використання моделі відступлення виключних прав на об'єкти промислової власності, у результаті чого підприємство стає їх абсолютним праволодільцем.

«Перейшовши» на баланс до юридичної особи, майнові права промислової власності входять до складу майна юридичної особи як нематеріальні активи. Не втрачаючи своєї індивідуальності, разом з тим, вони підпадають під правовий режим майна юридичної особи. Бажано, щоб передане майнове право було за правовим режимом максимально наближене до абсолютного права власності. По-перше, це спростить постійні застереження при встановленні правового режиму, а по-друге, не може не вплинути на вартість такого капіталу.

Трансакція прав інтелектуальної власності в корпоративні права повинна вписуватись в корпоративне законодавство, яке буде виступати спеціальним до норм інституту інтелектуальної власності. За умови використання договірних конструкцій для передання прав збереження істотних умов цих договорів має бути визначальним при створенні корпорації. Презюмується безповоротна трансакція майнових прав, якщо інше не передбачено договором. Учасник товариства, який брав участь у формуванні статуту товариства майновими правами, набуває весь комплекс корпоративних прав нарівні з іншими учасниками. Разом з цим на нього додатково покладаються обов'язки підтримання патентоспроможності його інтелектуального об'єкта. При укладенні установчих документів важливо передбачити механізм виходу із ситуації при втраті патентоспроможності таким об'єктом. Йдеться про запровадження компенсаційних механізмів із відшкодування збитків. І за таких ситуацій норм права інтелектуальної власності буде недостатньо. Варто рекомендувати учасникам передбачити спеціальні санкції в локальних нормативних актах корпорації та засновників. Як рекомендація, може бути запроваджено механізм нарахування штрафних санкцій за аналогією із пенею за несвоєчасне внесення засновником грошових коштів як частки у статутний капітал.

Підсумовуючи, слід зазначити, що оборот нематеріальних активів, в першу чергу немайнових прав, із часом буде відвойовувати все більшу частину цивільного обороту. Визнавши майнові права товаром, ми стоїмо на порозі правового перерозподілу між оборотом матеріальних речей і

нематеріальних. Цивілізаційні виклики продукують проблеми, вирішення яких буде вимагати все більш нових правових підходів і конструкцій.

1. *The Civil Code of Ukraine from 16.01.2003 №435-IV (as amended) // Supreme Council of Ukraine from 03.10.2003 – 2003. – №40.*
2. *Law of Ukraine «On the assessment of property, property rights and professional valuation activities in Ukraine» 12.07.2001 № 2658-III (as amended) // Supreme Council of Ukraine from 23.11.2001. – 2001. – №47.*
3. *Dozortseva V. A concept of law solely // Juridical world. – 2000. – № 3,9.*

Васильєва В. А. Промислова власність і корпоративна власність: конкуренція норм

Стаття присвячена трансформації інтелектуальної власності в корпоративну власність внаслідок корпоративної трансакції. Автор, аналізуючи об'єкти інтелектуальної власності через призму корпоративного інтересу, вказує на їх особливі ознаки, а саме: зовнішню об'єктивіацію та допустимість їх синхронного використання кількома володільцями.

У статті виокремлено ряд етапів реалізації майнових прав інтелектуальної власності та їх передання в статутний капітал. Автор зауважує, що набуття інтелектуальним продуктом якостей оборотного товару можливе лише через його обов'язкову державну реєстрацію та підтримання чинності відповідного охоронного документа. Стверджено, що для товариства особливо важливим є можливість одноосібного володіння інтелектуальним продуктом, необхідність його об'єктивної грошової оцінки та встановлення режиму його використання.

Тому проблему конкуренції норм права інтелектуальної власності та корпоративного права можливо вирішити лише в площині конкретних реалій з урахуванням інтересів власне корпорації. Правове регулювання об'єктів права інтелектуальної власності як об'єктів корпоративних правовідносин повинно опиратися на норми права інтелектуальної власності та норми корпоративного права, які будуть у даному випадку спеціальними.

Ключові слова: інтелектуальна власність, корпоративна власність, корпоративна трансакція, конкуренції норм, інтелектуальний продукт.

Васильєва В. А. Промышленная собственность и корпоративная собственность: конкуренция норм

Статья посвящена трансформации интеллектуальной собственности в корпоративную собственность в результате корпоративной трансакции. Автор, анализируя объекты интеллектуальной собственности через призму корпоративного интереса, указывает на их особенные признаки, а именно: их внешнюю объективацию и допустимость их синхронного употребления несколькими владельцами.

В статье выделено ряд этапов реализации имущественных прав интеллектуальной собственности и их передачи в статутный капитал. Автор замечает, что приобретение интеллектуальным продуктом качеств оборотного товара возможно только лишь через его обязательную государственную регистрацию

и поддержку силы соответственного охранного документа. Для общества особенно важной есть возможность единоличного владения интеллектуальным продуктом, необходимость его объективной денежной оценки и установления режима его употребления.

Поэтому проблему конкуренции норм права интеллектуальной собственности и корпоративного права возможно решить только в плоскости конкретных реалий с учетом интересов собственно корпорации. Правовое регулирование объектов права интеллектуальной собственности как объектов корпоративных правоотношений должно опираться на нормы права интеллектуальной собственности и нормы корпоративного права, которые будут в данном случае специальными.

Ключевые слова: интеллектуальная собственность, корпоративная собственность, корпоративная транзакция, конкуренция норм, интеллектуальный продукт.

Vasylieva V.A. Industrial property versus corporate property: conflict of laws

The paper deals with the transformation of the intellectual property into the corporate property as a result of the corporate transaction. Analyzing the objects of the intellectual property via corporate interest the author points out its' special features, such as its' external objectification and the admissibility of its' simultaneous multiple use by different holders.

The paper singles out the number of stages of the realization of the intellectual property rights and its' transferring into the authorized capital. The author states that the acquiring of the qualities of the marketable goods by the intellectual products is possible only through its' mandatory state registration and through the maintenance of the unexpired patent. The author points out that the enterprise is interested in the possibility of the sole holding of the intellectual product, the necessity of its' objective monetary valuation and the determination of the order of its' use.

As a conclusion the author states that the problem of the conflict of laws (intellectual property law and corporate property law) can be solved only considering the specific circumstances and by taking into account dominant corporate interests. Thus, the legal regulation of the objects of the intellectual property as the objects of the corporate relationships should be based both on the intellectual property law and on the corporative law, whereas the norms of the latter should be noted as special ones.

Keywords: intellectual property, corporate ownership, corporate transaction, competition rules, intellectual product

Васильєва В.В.

*к.ю.н., науковий
співробітник Лабораторії
проблем корпоративного
права НДІ приватного
права і підприємництва
ім. акад. Ф. Г. Бурчака
НАПрН України, викладач
кафедри цивільного права
Юридичного інституту
Прикарпатського
національного університету
ім. В. Стефаника*

Vasylyeva V.V.

*Ph. D., Researcher of
Laboratory of Corporate
Law Problems, Research
Institute of Private Law
and Entrepreneurship after
F. G. Burchak, National
Academy of Law Sciences of
Ukraine, Lecturer of civil law
department, Law Institute,
Precarpathian National
University after Vasyl Stefanyk*

РЕАЛЬНИЙ ДОГОВІР ЯК ЮРИДИЧНИЙ СКЛАД. ПРАВОВА ПРИРОДА РЕАЛЬНОГО ДОГОВОРУ

УДК 347.44

І. Згідно визначення, що дається науковцями, консенсуальний договір (від лат. consensus – домовленість) – це договір, що породжує цивільні права й обов’язки з моменту досягнення сторонами домовленості. Наступне передання речі чи виконання іншої дії здійснюється з метою виконання цього договору. Як зазначає Є. О. Суханов, для укладення реального правочину однієї домовленості між сторонами недостатньо, необхідне ще й передання речі чи вчинення іншої дії [1, с.336]. Таким чином, вважається, що для настання бажаних юридичних наслідків для сторін, тобто виникнення правовідношення, необхідно не лише досягнути домовленості, а й передати річ. Тобто потрібен так званий *юридичний склад*, що складається з двох юридичних фактів – укладення договору та передання речі. На мою думку, у такому разі виникає щонайменше два питання.

Перше з них потребує відповіді на те, яке значення має договір, що виступає тільки елементом юридичного складу і сам по собі не породжує зобов’язання? Якщо така домовленість між сторонами не породжує жодних зобов’язань, то таким чином нівелюється сама суть договору «*pacta sunt servanda*» – основний принцип римського права щодо сили договору.

Окрім того, які ж юридичні наслідки домовленості між сторонами, якщо річ так і не була передана? Професор М. І. Брагінський з цього приводу зазначає, що договір в подібних випадках є неукладеним [2, с. 315], а тоді договір, як частина юридичного складу, що має бути необхідним для виникнення зобов'язання, немає ніякого значення. Таким чином, договір вважається неукладеним, зобов'язання не виникає, і тому кредитор не може спонукати боржника до передання речі, хоч насправді договір-домовленість уже існує. Виникає дивна ситуація – договір існує, проте він не працює і не виконує своєї функції. Для чого ж тоді він укладається? І якщо розцінювати передання майна як вираження волі кредитора, то для чого процес формування волі сторони, яка передає майно, розбивати на кілька етапів? Чи не може кредитор одномоментно вирішити чи передає, чи не передає він майно вже на етапі укладення договору?

Інше питання виникає з приводу того, як розцінювати сам факт передання речі, тобто на яких підставах передається майно? Для переходу майна із власності однієї особи у власність іншої повинна бути законна підстава. У межах даного юридичного складу все навпаки: передання майна відбувається для створення цієї підстави. Крім того, оскільки річ уже була передана на укладення договору, то функція договору лише в спонуканні боржника надати зустрічне задоволення. Із договору виникає тоді усічене, одностороннє зобов'язання (лише обов'язок з боку покупця і право з боку продавця), оскільки передання речі вже відбулося до цього і відбулося не в межах виконання договору. Таким чином, реальний договір утворюється недо-договором (з якого не виникає зобов'язання) та недо-передачею майна (яка відбувається без належної юридичної підстави).

Існування реального договору зумовлює існування ситуації, коли договір існує, тобто погодження волі сторін відбулося, а зобов'язання з нього не виникає. І це суперечить правовій природі договору, нівелює його значимість як юридичного факту, оскільки договір є підставою виникнення правовідношення. Договір дійсно може виступати елементом юридичного складу, наприклад, коли укладений договір оренди земельної ділянки, але необхідно ще погодити таку оренду з органом влади. У цьому випадку до бажаних наслідків призводить весь юридичний склад в сукупності. У договорі погоджується і виражається воля сторін. Рішення владного органу виявляє волю третього учасника. Саме таких два юридичних факти входять до юридичного складу, оскільки іншим чином, наприклад, в одному договорі, неможливо погодити волю всіх зацікав-

лених осіб. У реальному договорі при досягненні домовленості сторін¹ погоджується воля лише сторін договору. І під час передання речі знову ж таки виражається воля тієї ж сторони. Не зовсім зрозуміло, для чого підтверджувати волю сторони ще раз. Це суперечить стрункій конструкції механізму виникнення та виконання зобов'язання: із договору, укладеного з дотриманням усіх умов, виникає зобов'язання, а передання речі відбувається уже на виконання цього зобов'язання.

II. У ЦК України слів та словосполучень «реальний договір» і «консенсуальний договір» немає. Єдиною вказівкою на існування в ЦК України такої теоретичної класифікації є норми щодо моменту укладення договору.

Згідно зі ст. 638 ЦК України договір є укладеним, якщо сторони в належній формі досягли згоди з усіх істотних умов договору. У ст. 640 ЦК України «Момент укладення договору» зазначається, що договір є укладеним з моменту одержання особою, яка направила пропозицію укласти договір, відповіді про прийняття цієї пропозиції. Саме момент прийняття оферти розглядається як юридичний факт, необхідний та достатній для визнання виникнення між сторонами правового зв'язку. Якщо відповідно до акта цивільного законодавства для укладення договору необхідні також передання майна або вчинення іншої дії, договір є укладеним з моменту передання відповідного майна або вчинення певної дії. Таким чином, на практиці реальність чи консенсуальність договору визначає акт цивільного законодавства.

Вказівка на те, що договір вважається укладеним із моменту передання речі є лише в ст. 1046 ЦК України – щодо договору позики. У ній чітко вказується момент укладеності договору – «з моменту передання грошей або інших речей, визначених родовими ознаками». За аналогією ці положення поширюються також на кредитний договір і договір банківського вкладу. Реальним однозначно називається О. В. Дзєрою ще договір дарування, хоча в нормах, які регулюють договір дарування, не вказується, що договір є укладеним з моменту передання речі. Також реальними, як зазначає О. В. Дзєра, можуть вважатися договір страхування, договір позики, договір банківського вкладу [3, с. 507]. Але що означає *можуть вважатися*? Наслідки визнання договору реальним є суттєвими – укладений договір між сторонами не породжує зобов'язання поки не буде передана річ, тобто кожна із сторін не має ні прав, ні обов'язків, незва-

¹ Договором цю домовленість назвати не можемо, оскільки юридичними наслідками договору є виникнення, зміна чи припинення правовідношення згідно ст. 626 ЦК України. – Прим. В. В.

жаючи на укладений договір. На мою думку, перелік реальних договорів (якщо визнавати доцільність існування таких) мав би бути вичерпний та чітко встановлений законодавством.

Доволі штучно виглядає, коли до реальних договорів відносять договір перевезення вантажу. Науковці стверджують, що тут відбувається передання речі [4, с. 459]. Натомість подібний за видом послуги договір пасажирського перевезення уже реальним не вважають (очевидно, тому, що пасажир не річ). А чи не є надання вантажу для перевезення конклюдентною дією – формою вираження волі сторони на укладення договору в разі укладення усного договору або в разі укладення письмового договору – дією, спрямованою на виконання договору? Якщо вважати договір перевезення вантажу реальним договором, тоді відправник вантажу не буде нести ніякої відповідальності в разі, якщо відмовиться надавати вантаж для перевезення. Однак при цьому, наприклад, перевізник уже зафрахтував транспорт і буде зазнавати збитків у разі неукладення договору.

III. Одним із критеріїв розмежування договорів реальних та консенсуальних ще вказують таку ознаку – якщо у визначенні договору в кодексі вживається слово «передає», то це означає, що договір реальний. Якщо ж вживається «зобов'язується передати» – тоді консенсуальний. На мою думку, це є досить ненадійним критерієм, особливо враховуючи недосконалість законотворчої техніки та лексики законодавця.

Видається, що формулювання «сторона передає» – це вже є дією у межах самого договору, поясненням того, що входить в обов'язки сторони і що є предметом договору, і не є додатковим юридичним фактом, без якого договір вважається неукладеним.

Щодо того, чому у кодексі в одному випадку вживається слово «передає», а в іншому – словосполучення «зобов'язується передати», то можна припустити, що законодавець дає вказівку на те, що договір укладається щодо речі, яка передається або зараз, або яка може бути створена чи набута в майбутньому. Так, договір довічного утримання однозначно вказує на те, що на момент укладення договору і виникнення зобов'язання майно, наприклад, будинок уже існує, а не планується бути створеним у майбутньому. І це є вимогою до укладення цього договору. У той час як за договором купівлі-продажу одна сторона (продавець) передає або зобов'язується передати майно (товар) у власність іншій стороні, тобто предметом договору може бути як річ, що перебуває у власності продавця уже, так і річ, яка може бути набута згодом у власність.

У деяких випадках законодавець щодо матеріального предмета договору вживає дієприкметники на зразок «довірений» (ст. 909 ЦК – «довірений багаж»), що нашоухує на думку, що цей договір реальний, оскільки багаж уже має бути довірений, тобто річ має бути передана. Однак більше ніяких підтверджень того, що зобов'язання виникає саме з моменту передання речі немає. І не виключено, що дієприкметник «довірений» вжитий законодавцем для означення речі – перевезення здійснюється саме того ватажу, який довірили чи передали для цієї мети.

IV. Аналізуючи саму суть реального договору, можна стверджувати, що той факт, що момент укладення реального договору пов'язується з фактом передання майна – це вже наслідок реальності договору. А призначення реального договору полягає в іншому. Основною властивістю реального договору є те, що інша сторона не має права вимагати передання речі навіть після укладення договору. Таким чином, обов'язок сторони передати річ перетворюється в її право. Виходить, конструкція реального договору спрямована на захист тієї сторони договору, яка повинна передати річ іншій стороні, так як ця конструкція не дозволяє примусити до виконання в натурі. При цьому слід врахувати, що інша сторона має слабшу позицію і в неї відсутні гарантії виконання домовленості між ними аж до передання речі.

Коли ж можлива ситуація, що інтересами іншої сторони можна знехтувати? Можливо тоді, коли інша сторона при укладенні договору нічого не втрачає. Така ситуація можлива в разі укладення односторонніх договорів – коли в однієї сторони лише права, а інша сторона не має права вимагати вчинення дій і має лише обов'язки. Кредитор при цьому має тільки право надати річ і робить це по власній добрій волі. Така ситуація спостерігається, наприклад, у договорі дарування чи договорі позики. Саме для цього, можливо, і створена конструкція реального договору – для того, щоб не було в боржника можливості впливати на кредитора і примусити відчужити майно.

Виходячи із вищевказаного, можна припустити, що реальні договори – односторонні, і, як правило, в них існує обов'язок лише один – повернути річ власнику. А нічого не отримавши, немає що й повертати. Проте залишається незрозумілим, для чого створювати таку складну й суперечливу загальним принципам договірному зобов'язання конструкцію, оскільки захист інтересів кредитора можна забезпечити й іншим чином. У самому договорі можна передбачити, що він вступає в дію з моменту передання речі. Таким чином, договір сам по собі буде укладеним і дійсним, але із відкладальною умовою.

Також виникає питання, для чого підписувати договір, якщо одна із сторін не визначилась чи виконувати його в натурі? Окрім того, можна змоделювати ситуацію, коли ущемлюються інтереси боржника: наприклад, у випадку, коли існує домовленість про позику певної суми на певну дату. Позичальник приходить за грошима на певну дату, а позикодавець говорить, що гроші не позичить. А з приводу того, що була домовленість, зазначає, що договір недійсний, бо не відбулося передання речі. Позичальник, можливо, розраховував на покупку якоїсь речі, а зараз знайти гроші так швидко неможливо, тому цілком ймовірно, він і зазнає упущеної вигоди. Таким чином, інтереси боржника є не зовсім захищені.

На завершення дослідження слід зробити такі **висновки**.

1. Юридичні наслідки, що створює реальний договір, значні: правовідношення не виникає навіть при укладеному договорі, а виникає лише з моменту передання речі.

2. Законодавцем не визначено чітко, які з правочинів є реальними. Лише в договорі позики зазначено, що договір є укладеним з моменту передання майна. Чи є такий випадок достатнім створювати надто вже штучну класифікацію договорів на консенсуальні та реальні, яка йде врозріз із самим розумінням сутності договору, зобов'язанням з нього та принципом «*pacta sunt servanda*».

3. Той факт, що при укладенні деяких договорів передання речі збігається із моментом досягнення домовленості, не робить їх реальними. Передання майна відбувається на виконання зобов'язання з договору.

4. У деяких випадках, зокрема при укладенні усних договорів, наприклад, при зберіганні багажу, передання речі не є частиною юридичного складу реального договору, а є конклюдентною дією, що виражає волю та намір сторони укласти договір.

5. У законі законодавець не здійснює розмежування договорів на реальні та консенсуальні. Лише в договорі позики, кредиту та банківського вкладу існує застереження, що договір вважається укладеним із моменту передання грошей.

Підсумовуючи вищевикладене, вважаю, що слід відмовитися від класифікації договорів на реальні та консенсуальні. Практична значущість існування реального договору не з'ясована. Принцип свободи договору надає можливість стороні прив'язати момент виникнення зобов'язання до будь-якої умови, а також встановити будь-які інші умови на розсуд сторін. Існування реального договору, коли є договір, а зобов'язання з нього не виникає, суперечить правовій природі договору, нівелює його значимість як юридичного факту, як підстави виникнення правовідно-

шення. Разом з тим, відмовляючись від згаданого розподілу договорів, зазначу, що вимога про необхідність передання речі одразу ж під час укладення договору може бути встановлена як обов'язкова умова договору для забезпечення інтересу набувача. Такі випадки повинні бути чітко встановлені законодавчим актом, а не визначатися, виходячи з теоретичних класифікацій.

1. *Civil Law: In 2 volumes. Volume I: Textbook / edited by Prof. E. A. Suhanov. – 2nd ed., Rev. and add. – Moscow: BEK, 2002. – 816 p.*
2. *Braginsky M. I., Vitryansky V. V. Contract Law: First Book. General remarks. – Moscow: Statut, 2001. – 848 p.*
3. *Civil Law of Ukraine. General remarks: textbook / edited by O. V. Dzera, N. S. Kuzniatsova, R. A. Maydanyk. – 3rd ed., Rev. and add. – Kyiv: Inter Yurinkom, 2010. – 976 p.*
4. *The Soviet Civil Law: Textbook. In 2 parts. Part I / edited by V. A. Ryasentsev. – 2nd ed., Rev. and add. – Moscow: Legal. lit., 1986. – 560 p.*

Васильєва В. В. Реальний договір як юридичний склад. Правова природа реального договору.

У статті досліджено конструкцію реального договору – договору, що вважається укладеним лише з моменту передання речі. Встановлено, що законодавцем не визначено чітко, які з правочинів є реальними. Лише в договорі позики, кредиту та банківського вкладу існує застереження, що договір вважається укладеним з моменту передання грошей. Такі випадки не є достатніми для того, щоб пропонувати надто вже штучну класифікацію договорів на консенсуальні та реальні, яка йде врозріз із самим розумінням сутності договору, зобов'язанням з нього та принципом «*pacta sunt servanda*». При цьому юридичні наслідки, що створює реальний договір, значні: правовідношення не виникає навіть при укладеному договорі, а виникає лише з моменту передання речі.

Доведено, що при укладенні деяких договорів передання речі збігається із моментом досягнення домовленості, що, однак, не робить їх реальними. Передання майна відбувається на виконання зобов'язання з договору.

У результаті цього слід відмовитися від класифікації договорів на реальні та консенсуальні. Практична значущість існування реального договору не з'ясована, а існування реального договору, коли є договір, а зобов'язання з нього не виникає, суперечить правовій природі договору, нівелює його значимість як юридичного факту, як підстави виникнення правовідношення.

Ключові слова: договірне право, реальний договір.

Васильєва В. В. Реальный договор как юридический состав. Правовая природа реального договора.

В статье исследовано конструкцию реального договора – договора, который считается заключенным только с момента передачи вещи. Установлено, что законодателем четко не определено, которые с сделок реальны. Лишь в дого-

воре займа, кредита и банковского вклада существует оговорка, что договор считается заключенным с момента передачи денег. Такие случаи не являются достаточными для того, чтобы создавать слишком искусственную классификацию договоров на консенсуальные и реальные, которая идет вразрез с самим пониманием сущности договора, обязательствам из него и принципу «*pacta sunt servanda*». При этом юридические последствия, которые создает реальный договор, значительные: правоотношения не возникает даже при заключенном договоре, а возникает только с момента передачи вещи.

Доказано, что при заключении некоторых договоров передача вещи совпадает с моментом достижения договоренности, что не делает их реальными. Передача имущества происходит во исполнение обязательства по договору.

Таким образом следует отказаться от классификации договоров на реальные и консенсуальные. Практическая значимость существования реального договора не установлена, а существование реального договора, когда есть договор, а обязательства по нему не возникает, противоречит правовой природе договора, нивелирует его значимость как юридического факта, как основания возникновения правоотношения.

Ключевые слова: договорное право, реальный договор.

Vasilyeva V. V. Real Contract As Judicial Structure. Legal Nature of Real Contract.

In this article the author explores the nature of real contract. Real contract is a contract that is concerned to be concluded only after transfer of agreement object. There is determined that the legislator does not define clearly which of the contracts are real. There is mentioned that a contract is considered to be concluded from the moment of money transfer only in the regulations of loan, bank credit and deposit. The author considers that such cases are not sufficient for creation too artificial classification on consensual and real contracts which is contrary to the essence of contract and obligation in contract law theory and the principle of it «*pacta sunt servanda*». At the same time a real contract causes significant legal consequences: there is no relationship even with the concluded contract, it occurs only after things transfer. The author has investigated that the moment of conclusion of certain contracts coincides with contract objects transfer but that fact does not make them real. Transfer of property is an action for exercising of contract obligation but not a stage of contract concluding. As a result of research the author argues that there is necessity to refuse from the classification of contracts for real and consensual. The practical significance of such classification is not clear. Existence of real contract is contrary to the legal nature of the contract, undermines its importance as a legal fact and the basis of relationship. However the author notes that there can be requested transfer of contract object immediately at the moment of contract conclusion as a prerequisite for purchaser interest. Such cases should be clearly defined in legislative act and can not be based on theoretical classifications.

Key words: contract law, real contract.

Вінтоняк Н.Д.

*аспірант Науково-
дослідного інституту
приватного права і
підприємництва ім.
академіка Ф.Г.Бурчака
Національної академії
правових наук України*

Vintonyak N.D.

*Graduate student of Research
Institute for Private Law and
Business National Academy
of Law Sciences of Ukraine
named after academician
F.G.Burchak*

ОСОБЛИВОСТІ ПОДІЛУ КОРПОРАТИВНИХ ПРАВ ПОДРУЖЖЯ: ШЛЯХ ДО СПРАВЕДЛИВОСТІ

УДК 347.61/.64

На сучасному етапі розвитку правової системи України особливо актуальною є проблема поділу корпоративних прав подружжя. Дане питання на законодавчому рівні є найменш врегульованим, однак все більшої актуальності набуває на практиці. Якщо з поділом будинку, квартири, земельної ділянки чи іншого нерухомого або рухомого майна все більш-менш зрозуміло, то поділ «бізнесу» подружжя викликає багато проблем. Проблема поділу корпоративних прав між подружжям (часток в статутному капіталі, акцій, вкладів тощо) особливо актуальна, коли один із подружжя, стаючи засновником (учасником) товариства, передає товариству майно, що належить подружжю на праві спільної сумісної власності. Залишається невизначеним обсяг прав того з подружжя, який не є учасником господарського товариства, та виникає питання, на що він може розраховувати при поділі спільного майна.

Розпочнемо з того, що в силу норм ст. 167 Господарського кодексу України корпоративні права – це права особи, частка якої визначається в статутному капіталі (майні) господарської організації... Тобто з внесенням вкладу до статутного капіталу товариства засновник (учасник) товариства набуває корпоративних прав та згідно з нормами чинного законодавства отримує правомочності на участь в управлінні господарською організацією, отриманні певної частки прибутку (дивідендів) даної організації і активів у разі ліквідації останньої тощо.

Зі вступом у товариство учасник не тільки вносить вклад до статутного капіталу, а й набуває право участі в товаристві, яке згідно зі ст. 100

Цивільного кодексу України є його немайновим правом і не може передаватися іншій особі. Крім того, як зазначає В. А. Васильєва, суб'єктивне корпоративне право для цивільного обороту слід розуміти як єдиний неподільний об'єкт [2, с. 167], що складається із низки самостійних суб'єктивних прав, які в сукупності складають зміст корпоративного права [2, с. 110]. Тому, враховуючи те, корпоративні права є неподільними за змістом [3, с. 261], вони в повному обсязі можуть належати лише тому з подружжя, який є учасником господарського товариства.

Звідси випливає, що корпоративні права не можуть належати подружжю на праві спільної сумісної власності, тому і підлягати поділу вони не можуть. У зв'язку з цим помилковою є практика поділу корпоративних прав (частки в статутному капіталі тощо), оскільки виконання такого рішення буде ставитися під сумнів. Наприклад, яким чином здійснювати внесення співвласників до установчих документів, як нових учасників товариства з обмеженою відповідальністю. Аналогічна ситуація із веденням реєстру акціонерів і внесенням до нього змін [2, с. 111-112]. По суті, це призведе до подвоєння кількості учасників товариства, оскільки, окрім власне учасника, корпоративні права належатимуть ще і його дружині (чоловікові). Зрозуміло, що такий порядок речей є неприпустимим [4, с. 54].

Отже, корпоративні права як такі, що складаються з майнових і немайнових прав, можуть належати виключно тому з подружжя, який є учасником юридичної особи. І тільки учасник юридичної особи набуває всіх належних прав щодо участі в управлінні, розподілі прибутку, отриманні інформації про її діяльність тощо. Правова природа корпоративних прав не дозволяє визнати за одним з подружжя, який не є учасником юридичної особи, такий самий обсяг прав, як за іншим з подружжя. Однак це не означає, що в результаті передання в статутний капітал юридичної особи майна, що перебуває в подружжя на праві спільної сумісної власності, інший з подружжя позбавляється будь-яких прав на таке майно [5, с. 36].

Актуальним тоді є питання, який же обсяг прав має той із подружжя, який не є учасником господарського товариства? І. В. Жилінкова, зазначає, що той із подружжя, хто не є учасником товариства, має право на частину: прибутку (доходу), яка була сплачена (видана) при розподілі прибутку товариства; майна, що одержане учасником товариства в разі його виходу з товариства та продажу належної йому частки в статутному фонді товариства іншій особі; майна, що одержане учасником товариства в разі ліквідації товариства [4, с. 53].

Подібною точки зору дотримується також І. В. Спасибо-Фатеева, говорячи про правовий режим майна подружжя, переданого до приватного підприємства. Вчена зазначає, що сутність цього права у другого з подружжя полягає в можливості вимагати від того з подружжя, хто є засновником, половину отриманого ним доходу від діяльності приватного підприємства; половину майна, яке залишилося після ліквідації приватного підприємства, а у випадку поділу майна між подружжям - виплати половини вартості майна приватного підприємства [6, с. 110].

Така наукова позиція дещо підкріплюється і судовою практикою. В одному з останніх рішень Верховного Суду України, прийнятого 03 липня 2013 року з приводу перегляду справи у зв'язку з неоднаковим застосуванням норм матеріального права судами касаційної інстанції щодо визнання недійсним договору купівлі-продажу частки в статутному капіталі, колегія Верховного Суду України робить висновок, якщо вклад до статутного капіталу господарського товариства зроблено за рахунок спільного майна подружжя, в інтересах сім'ї, той із подружжя, хто не є учасником товариства, має право на поділ одержаних доходів. Зазначається також, що другий з подружжя набуває право вимоги виплати йому певних сум у разі поділу майна між подружжям.

Зокрема, як зазначає В. А. Васильєва, це право вимоги до учасника є цивільно-правовим за своєю правовою природою та регулюванням, оскільки зв'язаності правом між неучасником і товариством немає. Тому, як підкреслює вчена, підставою вимоги є юридичний факт, що має корпоративну природу, але ніяким чином не правовий режим майна в межах корпоративного правовідношення. У результаті реалізації корпоративного права одержане майно переходить у режим спільного сумісного майна подружжя. Грошовий еквівалент корпоративного права учасника входить у майнову масу, яка на вимогу одного із подружжя підлягатиме поділу [7, с.13].

Таким чином, ведучи мову про обсяг прав того з подружжя, який опосередковано брав участь у формуванні статутного капіталу товариства, можна зробити висновок, що при поділі спільного майна подружжя він може розраховувати на поділ одержаних доходів, отриманих іншим з подружжя; на частину майна, одержаного учасником товариства в разі його виходу з товариства; на частину майна, що одержане учасником товариства в разі ліквідації товариства. У випадку, якщо спільні кошти всупереч інтересам сім'ї були використані одним із подружжя для внесення вкладу до статутного капіталу, то другий із подружжя має право на компенсацію вартості частини переданих коштів чи майна.

1. *Korporativne pravo Ukraïni: pidruchnik* / [V. V. Luts', V. A. Vasil'eva, O. R. Kibenko, I. V. Spasibo-Fateeva ta in.]; za zag. red. V. V. Lutsya — K.: YUrinkom Inter, 2010. — 384 p.
2. Vasil'eva V. A. *Korporativne pravo yak ob'ekt spadkovikh prav* / V. A. Vasil'eva // *Aktual'ni problemi vdoskonalennya chinnogo zakonodavstva Ukraïni. Zbirnik statej*. 2010. — Vipusk KHKHIII. — P. 109 — 112.
3. Kravchuk V. M. *Korporativne pravo. Naukovo-praktichnij komentar zakonodavstva ta sudovoï praktiki*. / V. M. Kravchuk. — K.: Istina, 2005. — 720 p.
4. ZHilinkova I. V. *Korporativni prava osib z podruzhnim statusom* / I. V. ZHilinkova // *Vdoskonalennya pravovogo reguluvannya korporativnikh vidnosin v suchasnikh umovakh: Materiali Vseukraïns'kogo naukovo-praktichnogo seminaru (25-26 veresnya 2009 roku)*. — Ivano-Frankivs'k: Prikarpat's'kij natsional'nij universitet imeni Vasilya Stefanika, 2010. — P. 50 — 56.
5. Vintonyak N. D. *SHHodo korporativnikh prav podruzhzhya. Vdoskonalennya pravovogo reguluvannya prav ta osnovnikh svobod lyudini i gromadyanina [tekst]: Materiali shhorichnoï Vseukraïns'koï naukovo-praktichnoï konferentsii molodikh vchenikh ta aspirantiv (16 travnya 2014 roku)*. — Ivano-Frankivs'k: Prikarpat's'kij natsional'nij universitet imeni Vasilya Stefanika, 2014. — 173 p.
6. *KHar'kovskaya tsivilisticheskaya shkola: antologiya semejnogo prava: monografiya* / V. K. Antoshkina, V. I. Borisova, I. V. ZHilinkova i dr.; pod. obshh. red. d-ra yurid. nauk, prof. I. V. Spasibo-Fateevoy.— KHar'kov: Pravo, 2013.—240 p.
7. *Korporativni pravochini [tekst]: Zbirnik naukovikh prats' za materialami Vseukraïns'koï naukovo-praktichnoï konferentsii (27-28 veresnya 2013 roku, m. Ivano-Frankivs'k) / NDI privatnogo prava i pidpriemnitstva im. akademika F. Burchaka NAPrP Ukraïni; za red. d-ra yurid. nauk, akad. NAPrN Ukraïni V. V. Lutsya*. — Ivano-Frankivs'k, 2013. — 231 p.

Вінтоняк Н. Д. Особливості поділу корпоративних прав подружжя: шлях до справедливості

Стаття розкриває особливості поділу корпоративних прав подружжя. Така проблема особливо актуальна на сучасному етапі розвитку правової системи України. Дане питання на законодавчому рівні є найменш врегульованим, однак все більшої актуальності набуває на практиці. Проблема поділу корпоративних прав між подружжям особливо важлива, коли один з подружжя, стаючи засновником товариства, передає товариству майно, що належить подружжю на праві спільної сумісної власності. Увага акцентована на правах того з подруж-

зя, який не є учасником господарського товариства при поділі спільного майна подружжя.

Ключові слова: корпоративні права, подружжя, спільне майно подружжя, поділ, статутний капітал, юридична особа.

Вінтоняк Н. Д. Особенности разделения корпоративных прав супругов: путь к справедливости

Статья посвящена особенностям разделения корпоративных прав супругов. Эта проблема особенно актуальна на современном этапе развития правовой системы Украины. Данный вопрос на законодательном уровне является наименее урегулированным, однако все большую актуальность приобретает на практике. Проблема разделения корпоративных прав между супругами особенно важная, когда один из супругов, становясь основателем общества, передает обществу имущество, принадлежащее супругам на праве общей совместной собственности. Внимание акцентировано на правах того из супругов, который не является участником хозяйственного общества при разделе общего имущества супругов.

Ключевые слова: корпоративные права, супруги, общее имущество супругов, разделение, уставный капитал, юридическое лицо.

Vintonyak N. D. Features Of Spouses' Corporate Rights Separation: Path To Justice

The article deals with the peculiarities of spouses corporate rights separation. This problem is particularly acute at the present stage of development of the legal system in Ukraine. At the legislative level the issue is the least regulated, but is more urgent in practice. The problem of corporate rights separation between spouses is particularly relevant when one spouse becoming a company founder sends a company the property owned by the couple on the right of joint ownership. It remains uncertain the extent of the rights of the spouse who is not a member of a business partnership and the question is what he can expect in the division of joint property.

The article says that corporate rights can not belong to the couple on the right of joint property, and therefore they cannot be the subject to division. However, this does not mean that the transfer of property to the charter capital of a legal entity that belongs to the spouse on the right of joint ownership, another spouse loses any rights to such property.

Speaking about the scope of spouse rights which indirectly participated in the authorized company capital it is concluded that in the separation of the joint family property one of the spouse can rely on the division of received proceeds obtained by other spouse; part of the assets received by another spouse in case of breaking partnership; part of the assets, which received the other spouse in case of company liquidation. If the joint costs were used by one of the spouse against the family interests to contribute to the share capital, then the spouse is entitled to compensation for the value of the transferred funds or property.

Keywords: the corporate rights, a spouses, a joint marital property, the division, the charter capital, a legal entity.

Гриняк А.Б.

доктор юридичних наук, старший науковий співробітник, учений секретар НДІ приватного права і підприємництва імені академіка Ф. Г. Бурчака НАПрН України

Grynyak A.B.

Doctor of Law, Scientific Secretary of Research Institute of Private Law and Business named Academician F.G. Burchak National Academy of Sciences of Ukraine

ОСОБЛИВОСТІ ПРАВОВОГО РЕГУЛЮВАННЯ ВІДНОСИН З ПОГЛИНАННЯ КОМПАНІЙ ЗА ЗАКОНОДАВСТВОМ ДЕРЖАВ-ЧЛЕНІВ ЄС

УДК 347.72:341.9

Аналізуючи питання, пов'язані з вивченням міжнародно-правового досвіду регулювання відносин з поглинання, насамперед слід зазначити, що термін «поглинання» є недостатньо дослідженим, і часто вживається науковцями по-різному та не має відповідного законодавчого закріплення. На нашу думку, під поняттям «поглинання» в широкому значенні слід розуміти придбання на погоджених умовах одним комерційним товариством контрольного пакету акцій (долей, паїв) у статуті іншого товариства для управління останнім. При цьому під контрольним пакетом акцій (долей, паїв) в статутному капіталі товариств розуміється 51 % акцій (долей, паїв), що дозволяють особі, яка здійснює поглинання, встановити контроль над управлінням товариством.

Інститут поглинань завжди пов'язують із двома моделями – «дружнім» та «ворожим» поглинанням. «Ворожі» поглинання традиційно вважають основною проблемою англо-американського світу. Законодавство, що регулює «ворожі» поглинання спрямоване на застосування захисних засобів радою директорів товариства та забезпечення рівності усіх акціонерів через регулювання порядку придбання акцій в акціонерів товариства, що поглинається, та сплати за такі акції однакової і справедливої ціни, а також надання акціонерам достатньої і вчасної інформації про поглинання.

Натомість у державах континентальної Європи «ворожі» поглинання не так широко поширені, оскільки інституційні інвестори характеризуються більшим ступенем стабільності порівняно з країнами англосаксон-

ської системи права, адже зорієнтовані на довгострокові капіталовкладення. Так, структура інституційних інвесторів, скажімо, у Німеччині та Франції, характеризується більшою стабільністю та не сприяє виникненню ворожих поглинань, що, як наслідок, позначається на відповідному правовому регулюванні.

Теорія інституційних інвестицій вважає, що інвестори у Великій Британії прагнуть швидкого прибутку і тим самим сприяють «ворожим» поглинанням. Серед інших причин, що сприяють «ворожим» поглинанням в англо-американській моделі можна виділити розпорошене володіння акціями відкритих акціонерних товариств. Цей фактор дозволяє інвесторам посилити свій вплив за рахунок збільшення ризиків під час інвестування.

Необхідно звернути увагу на те, що саме термін логічне розуміння поглинання як дружнього, так і ворожого в зарубіжних країнах істотно відрізняється від подібних транзакцій в Україні. Під дружнім злиттям і поглинанням на західних ринках розуміється насамперед процес, при якому покупець подає до уповноваженого органу заяву про довіреності, що після схвалення компетентним органом направляється акціонерам, які на загальних зборах акціонерів приймають рішення щодо її схвалення або ж несхвалення. Під недружнім поглинанням розуміється насамперед розсилка безпосередньо акціонерам листів, що містять намір покупця придбати акції компанії.

Тобто перший критерій розмежування дружніх та ворожих поглинань полягає в поведінці покупця, а саме: до кого звернувся покупець із пропозицією про купівлю. Другий критерій пов'язаний із поведінкою органу управління товариства – ради директорів товариства. У разі публічного звернення про купівлю до ради директорів останній розглядає пропозицію, оцінює її ефективність з економічної точки зору для акціонерів товариства та приймає рішення, чи є пропозиція дружньою або ворожою.

У багатьох європейських державах поглинання регулюються сукупністю комплексних норм, що переважно містяться в праві товариств, договірному праві, законодавстві про біржі, а також у правилах, що регулюють розкриття фінансової інформації. У більшості випадків законодавство щодо поглинань держав-членів обмежене в сфері регулювання певних видів операцій, що відрізняються виходячи зі специфіки ринку.

У Німеччині поглинання регулюються на рівні спеціального законодавства. У Бельгії основа для регулювання поглинань була закріплена на законодавчому рівні в 1964 р., а першим органом, що займався контролем даного питання, стала Банківська комісія. Швейцарія наразі не має

законодавства про публічні пропозиції поглинань. Так, Кодекс поглинань Швейцарії наслідує правову модель Кодексу Сіті Великої Британії.

У більшості європейських систем законодавство про поглинання обмежує застосування захисних засобів виконавчим органом товариства, що поглинається. Більшість континентальних систем права роблять розмежування між захисними засобами, що можуть бути вжиті до та після оголошення про пропозицію на придбання акцій. Однак у багатьох державах ці захисні засоби дозволені до тієї міри, доки дозволяють попередити поглинання в принципі. На основі цього приходимо до висновку, що ступінь захисту інтересів акціонерів там значно нижчий у порівнянні з захистом інтересів товариства в цілому, його стабільності та довгостроковості планувань інвестицій.

Так, наприклад, німецьке законодавство, хоч і встановлює певні заборони виконавчому органу на вжиття захисних заходів без попередньої згоди акціонерів, є значно лояльнішим, ніж законодавство Великобританії. Німецьке законодавство дозволяє вчинення виконавчим органом певних захисних заходів за згодою наглядової ради та вимагає від виконавчого органу надавати акціонерам обґрунтований висновок щодо всіх умов поглинання.

Цікавим прикладом ворожого поглинання в Німеччині є приклад поглинання компанією Vodafone AirTouch компанії Mannesmann AG. Vodafone AirTouch PLC та Mannesmann AG багато років працювали у сфері мобільного зв'язку у Німеччині, Франції та Італії. Проте компанія Vodafone в Європі була другою компанією оператором мобільного зв'язку після італійської компанії Telecom Italia SpA. З Mannesmann AG Vodafone отримала б контроль над найбільшою німецькою компанією Mannesmann Mobilfunk і другою за розміром італійською компанією Omnitel Pronto Italia SpA.

14 лютого 1999 року керівництво компанії Vodafone зробили «дружню» пропозицію компанії Mannesmann AG вартістю 107 млрд. дол. та погашення боргів останньої. Але керівництво Mannesmann AG відмовилось від такої пропозиції на тій підставі, що стратегічне становище Mannesmann є кращим, ніж Vodafone. Однак компанія Vodafone AirTouch PLC в обхід ради директорів Mannesmann AG напряду звернулася з тендерною пропозицією до її акціонерів. Водночас у Mannesmann AG було надруковано для акціонерів річний звіт, де в підсумку містилася інформація, що у зв'язку з великими прибутками компанія Mannesmann AG оцінена аудиторами в 200 млрд. дол. Компанія Vodafone AirTouch PLC зробила нову пропозицію вартістю в 180 млрд. дол. У кінці кінців керівництво

Mannesmann AG погодилося на цю угоду. Щоправда і тут виникла небезпека зриву угоди, адже в ЗМІ Німеччини було опубліковано ряд статей, де зазначалося, що у випадку укладення цієї угоди відбудеться звільнення по всій Німеччині понад 130 тис. працівників компанії Mannesmann AG [1].

Перешкоди створювало й німецьке корпоративне законодавство, за яким перехід контролю над компанією можливий у випадку продажу 75% її акцій. До того ж, закон дозволяє індивідуальним акціонерам блокувати подібні угоди, звернувшись до суду, і такі угоди можуть розглядатися роками. У державі, де ворожі поглинання є рідкістю, підтримка народу була на стороні Mannesmann AG.

Щоб заспокоїти німецькі профсоюзи й уряд, представники компанії Vodafone AirTouch наголошували, що ця угода не призведе до скорочення робочих місць, окрім того, Vodafone AirTouch має намір перейняти корпоративну культуру Mannesmann, включаючи принцип спільного прийняття рішень і представництво робітників у наглядовій раді компанії. Отримавши ці запевнення, профсоюзи вирішили не заперечувати проти цієї угоди. 4 лютого 2000 р. найбільша у світі компанія Vodafone AirTouch PLC та Mannesmann AG вирішили об'єднатися шляхом 180-млрд. свопа акцій, на яке ще необхідно було отримати згоду акціонерів і регулюючих органів [2].

Тобто, як вбачається з матеріалів справи, інтереси та права працівників товариств, що стають об'єктом поглинання, повинні бути також захищені. Залучення працівників товариств, що стають об'єктом поглинання, є вагомим фактором не лише для успіху операції поглинання, а й для врахування різноманітних інтересів, що можуть бути порушені під час операції поглинання.

Відзначимо, що з метою узгодження європейського досвіду злиття й поглинання в окремих країнах була прийнята Тринадцята директива про придбання акцій і долей компанії № 2004/25/РЄ як основа уніфікованого європейського права. Не зупиняючись детально на аналізі її норм, відзначимо, що у Звіті Комісії європейських співтовариств «Щодо імплементації Директиви про поглинання», підготовленому 21.02.2007 р., наголошується, що багато держав не поділяють ряд позицій Комісії Європейських співтовариств. Наприклад, Франція виключила можливість застосування норми множинного голосування. Крім того, компаніям, що діють під французькою юрисдикцією, надано право самостійно приймати рішення про включення даного правила в установчі документи компанії. Для цього необхідно ухвалити відповідне рішення на загальних збо-

рах акціонерів і повідомити про своє рішення уповноважений орган, що регулює питання ринку цінних паперів. Однак, незважаючи на часткову імплементацію Францією Директиви № 2004/25/ЄС, на практиці державні органи можуть заблокувати будь-яку угоду, незважаючи на позицію акціонерів.

Показовою в цій ситуації є така справа. У кінці лютого 2006 року італійська енергетична компанія Enel оголосила про плани придбання франко-бельгійської компанії Suez (енергетика, водопостачання і переробка сміття). Коли Enel оголосила про свій інтерес до активів Suez, французька влада зайняла «оборонну позицію» і заявили свою «стурбованість». Уряд Франції вважав за краще варіант злиття Suez із газовою компанією Gos de France, щоб створити потужну енергетичну компанію на французькому ринку і поступово розширювати її на ринках інших країн. Угода з Enel могла призвести до «втрати суверенітету Франції в галузі енергетики». Саме французький уряд ініціював злиття Suez із Gos de France. Альянс GdF-Suez викликав різкі протести в уряді Італії [3].

Виходячи зі змісту Директиви, певне коло питань має регулюватися національним законодавством відповідно до принципу субсидіарності. До них належить регулювання втрати чинності пропозиції, перегляду пропозиції, конкуренції пропозицій, повідомлення результатів пропозиції, невідкличність пропозиції. Зміст цих правил залишено на розсуд держав-членів, які повинні гарантувати, що ухвалені норми не суперечать загальним принципам Директиви. Забороняється запроваджувати обмеження на вільний обіг цінних паперів та на право голосу.

Зважаючи на наведене відзначимо, що Тринадцята директива не носить імперативного характеру, дозволяючи державам-учасникам на національному рівні відмовитися від застосування того чи іншого запропонованого директивою механізму та встановлює єдині правові норми щодо контролю та регулювання злиттів і поглинань компаній у рамках Європейського Союзу. Законодавство, що регулює поглинання товариств – це якраз те законодавство, яке яскраво ілюструє відмінності в корпоративному праві держав-членів ЄС.

Водночас на сьогодні в Україні майже відсутнє законодавство, яке б чітко врегулювало цю сферу відносин, оскільки характеризується множинністю діючих законодавчих актів, які регулюють статус юридичних осіб різних організаційно-правових форм, а також відсутністю єдиного закону, що регулює вказану сферу правовідносин.

1. *Vodafone Air Touch Guns For Mannesmann. McGinity, Meg // Inter@ctive Week; 1 1/22/99, Vol. 6 Issue 48.* – [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://news.bbc.co.uk/2/hi/business/630293.stm>.
2. *Mannesmann Rejects Latest Vodafone Offer. Shaw, Joy C. // Bank Loan Report; 12/13/99, Vol. 14 Issue 49.* – [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://news.bbc.co.uk/2/hi/business/519813.stm>.
3. *Costa v. Enel, (Case 6/64), Giudice conciliatore di Milano, Sezione, ordinanza del 16/01/1964 21/01/1964 (RG 1907/63).* – [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:61964CJ0006:EN:PDF>.

Гриняк А. Б. Особливості правового регулювання відносин з поглинання компаній за законодавством держав-членів ЄС

У статті проаналізовано питання, пов'язані з вивченням міжнародно-правового досвіду регулювання відносин із поглинання компаній крізь призму таких моделей, як англосаксонська, американська і європейська. Доведено, що ворожій поглинання властиві англо-американській правовій сім'ї, натомість дружні – державам континентальної Європи. Встановлено, що Тринадцята директива не носить імперативного характеру, дозволяючи державам-учасницям на національному рівні відмовитися від застосування того чи іншого запропонованого директивою механізму правового регулювання досліджуваних правовідносин.

Ключові слова: поглинання компаній, законодавство про компанії, злиття компаній, правовідносини.

Гриняк А. Б. Особенности правового регулирования отношений по поглощению компаний по законодательству государств-членов ЕС

В статье проанализированы вопросы, связанные с изучением международно-правового опыта регулирования отношений по поглощению компаний через призму таких моделей, как англосаксонская, американская и европейская. Доказано, что враждебные поглощения присущи англо-американской правовой семье, зато дружеские – государствам континентальной Европы. Установлено, что Тринадцатая директива не носит императивного характера, позволяя государствам-участникам на национальном уровне отказаться от применения того или иного предложенного директивой механизма правового регулирования исследуемых правоотношений.

Ключевые слова: поглощение компаний, законодательство о компаниях, слияние компаний, правоотношения.

Grynyak A. B. Features of the legal regulation of relations with the acquisitions under the laws of the Member States of the European Union

The paper examines issues related to the study of international legal regulation of relations experience with acquisitions in the light of the following models: Anglo-Saxon, American and European. It is proved that a hostile takeover inherent Anglo-American legal family, while friendly – states of continental Europe. In European countries questions acquisitions of companies governed by a set of complex rules

contained in the law companies, contract law, the law of exchange, as well as rules governing financial disclosure. Established that the Thirteenth Directive does not is imperative, enabling States Parties at the national level to waive the application of a proposed directive mechanism of legal regulation investigated relationships. The EU legislation governing acquisitions of companies is that legislation which illustrates the differences in corporate law the EU Member States.

Established that the term acquisitions, that can be both friendly and hostile, in foreign countries differs significantly from that legal phenomenon that occurs in Ukraine. Also is established that in Ukraine almost no legislation that would clearly regulate the relationship acquisitions. This situation is due to the multiplicity of existing legislation governing the status of legal entities of different legal forms, and the lack of a single law governing this sphere of corporate relations.

Keywords: acquisitions, company law, mergers, relationship.

Дзера О.В.

доктор юридичних наук, професор, член-кореспондент НАПрН України, професор кафедри цивільного права юридичного факультету Київського національного університету імені Тараса Шевченка

Dzera O.V.

Doctor of Law, professor, Corresponding Member of the National Academy of Law Sciences of Ukraine, Honored Lawyer of Ukraine, Professor of the Department of Civil Law of Taras Shevchenko Kyiv National University

ДЕЯКІ ПИТАННЯ СПІВВІДНОШЕННЯ СІМЕЙНОГО ТА КОРПОРАТИВНОГО ЗАКОНОДАВСТВА У СФЕРІ МАЙНОВИХ ВІДНОСИН ПОДРУЖЖЯ

УДК 347.191:347.6

Прийняття 10 січня 2002 року Сімейного кодексу України стало знаменною віхою в розвитку сімейного права. СК України водночас істотно впливає на формування правового режиму майнових відносин подружжя. Новому СК притаманні наступні основні риси правового режиму майна подружжя.

1. Правовому регулюванню відносин власності подружжя присвячено главу 7 «Право особистої приватної власності дружини та чоловіка» (статті 57-59), главу 8 «Право спільної сумісної власності подружжя» (статті 60-74), главу 10 «Шлюбний договір» (статті 92-103). Тобто в зазначених трьох главах вміщено всього 30 статей (у КпШС України 1969 р. таких статей - 10).

2. Як і в КпШС, у новому СК передбачено законний і договірний правові режими.

3. У новому СК при дії законного правового режиму збережено принцип спільності майна, набутого подружжям у період шлюбу, і принцип роздільності дошлюбного майна.

4. У новому СК, порівняно з чинним КпШС, значно розширено свободу укладення шлюбного договору та його умов, що може призводити до ліквідації режиму спільності майна подружжя і відповідного зниження гарантій захисту їх майнових прав.

Проте, незважаючи на істотне збільшення кількості статей, що врегулювали майнові відносини подружжя, тут ще залишається чимало прогалин та інших проблем.

Так, певні труднощі можуть виникати при вирішенні питання про включення до спільного сумісного майна подружжя також деяких цінних паперів, особливо акцій. Сімейне законодавство не містить заборон щодо включення таких об'єктів до спільної сумісної власності подружжя. Такий підхід законодавця знаходить відповідну підтримку і в юридичній літературі [1, с.211-212]. Однак, на наш погляд, при застосуванні режиму спільності щодо цінних паперів, придбаних одним із подружжя, необхідно враховувати **їх правову природу**, а також особливості правового режиму окремих видів цінних паперів, який визначається, зокрема, Цивільним кодексом України, ЗУ «Про цінні папери та фондовий ринок», ЗУ «Про акціонерні товариства», підстави їх набуття, умови випуску тощо.

Одним із найпоширеніших видів цінних паперів є акції, щодо яких ні сімейне, ні цивільне законодавство не містить прямих положень про можливість їх визнання спільною сумісною власністю подружжя. Проте аналіз окремих норм цього законодавства дає певні підстави для позитивної відповіді на це питання. Так, відповідно до ст.6 ЗУ «Про цінні папери та фондовий ринок» акцією є іменний цінний папір, який посвідчує майнові права його власника (акціонера), що стосується акціонерного товариства, включаючи право на отримання частини прибутку акціонерного товариства у вигляді дивідендів та право на отримання частини майна в разі його ліквідації, право на управління акціонерним товариством, а також немайнові права, передбачені ЦК України та законом, що регулює питання створення, діяльності та припинення акціонерних товариств [2]. Отже, за чинним законодавством акції можуть бути лише іменними, по-друге, власнику акцій законодавством надаються, крім майнових прав, також немайнові, що іменуються корпоративними правами, які пов'язані з особою власника акцій.

Тому й постає питання про допустимість розповсюдження режиму спільності на іменні акції одного з подружжя. На думку І. В. Жилінкової, іменні акції, придбані за спільні кошти подружжя, можуть бути об'єктом права спільної сумісної власності [1, с.214]. На перший погляд юридичних перешкод для цього не існує. Підставою для такого висновку могли бути, зокрема, положення ст. 5 Закону України «Про цінні папери та фондову біржу» в первісній редакції про те, що акція є неподільною, а в разі, коли одна й та сама акція належить кільком особам, усі вони визнаються одним власником акції і можуть здійснювати права через одного з них

або через спільного представника. Отже, законодавець допускає можливість перебування акції у власності кількох осіб, а відтак і у власності подружжя. Інша справа, що законодавець допустив у ст. 5 цього Закону певну юридичну некоректність, вважаючи, що кілька осіб можуть бути визнані одним власником акції. В однієї речі не може бути кілька власників, однак в однієї речі може бути кілька співвласників. Проте в ЗУ від 11.06.2009 наведене положення було змінено і в ст. 6 цього Закону було записано, що акція є неподільною, а порядок реалізації прав співвласників акції (акцій) визначається Цивільним кодексом України і законом, що регулює питання створення, діяльності та припинення акціонерних товариств. Натомість ні в ст. 6 ЦК, ні в ЗУ «Про акціонерні товариства» не містяться конкретні норми щодо врегулювання таких відносин. Тому вирішувати цю проблему стосовно подружжя необхідно з врахуванням загальних положень сімейного законодавства та спеціальних законів. При цьому насамперед необхідно ознайомитися з правовою позицією цього питання Верховного Суду України, сформульованою в постанові Пленуму від 21 грудня 2007 р. «Про практику застосування судами законодавства при розгляді справ про право на шлюб, розірвання шлюбу, визначення його недійсним та поділ спільного майна подружжя». У п. 26 цієї Постанови зазначається, що при вирішенні питання про поділ майна у вигляді акцій, частки (паю, долі) у фондах корпоративних господарських організацій судами слід виходити з того, що питання їх поділу вирішується залежно від виду юридичної особи, організаційно-правової форми її діяльності, характеру правовідносин подружжя з цим суб'єктом, а в п. 27 прямо стверджується, що акції можуть бути об'єктом права спільної сумісної власності і предметом поділу між подружжям, якщо вони були придбані за їх спільні кошти. Попри певну відповідність такої правової позиції нормам сімейного законодавства не можна не звернути увагу на її вразливість положенням законодавства про цінні папери та акціонерні товариства, адже визнання іменних акцій об'єктом права спільної сумісної власності подружжя зобов'язує надати корпоративні права тому з них, хто не був первинно акціонером, що врешті створить перешкоди в діяльності акціонерних товариств.

Так, відповідно до ст.ст. 25-26 ЗУ «Про акціонерні товариства» ст. 6 ЗУ «Про цінні папери та фондовий ринок» **власниками** простих і привілейованих акцій є **акціонери**. Оскільки ж акції є іменними, то цілком логічно, що їх власниками мають вважатися особи, визначені в них акціонерами, яким мають належати усі майнові й корпоративні права по відношенні до акціонерного товариства. Таке законодавче визначення

правового режиму акцій призвело до такої правової ситуації, за якої з одного боку акція за ЗУ «Про цінні папери та фондовий ринок» в принципі може бути об'єктом прав кількох співвласників, у тому числі подружжя в разі придбання одним із них іменної акції (акцій) за рахунок спільних подружніх коштів відповідно до положень статей 60-61 СК України. З другого боку, акція є неподільною, і посвідчені нею майнові та корпоративні права належать лише акціонеру як власнику, визначеному іменною акцією. За таких обставин навіть судове визнання акції спільним сумісним майном не зможе забезпечити другому з подружжя надання акціонерних прав. Водночас є достатні юридичні підстави для висновку про те, що той із подружжя, який не визначений в акції акціонером, має право в разі її створення (придбання) за спільні кошти подружжя на 1) присудження йому грошової компенсації в розмірі половини вартості акції (акцій), оскільки іменна акція є іменною і нероздільною; 2) присудження одержаних дружиною (чоловіком) – акціонером половини дивідендів як доходи, одержані одним із подружжя (ч. 2 ст. 61 СК); 3) половину майна (його вартості), отриманого дружиною (чоловіком) – акціонером у разі ліквідації акціонерного товариства.

Не менш складною є проблема частки в статутному капіталі господарських товариств, який формується його учасниками за рахунок майна, переданого ними у власність товариства як вклад до статутного (складеного) капіталу (ст. 115 ЦК). У вищезгаданій постанові Пленуму ВСУ від 21 грудня 2007 р. було зазначено, що, **по-перше**, оскільки за ст.12 ЗУ «Про господарські товариства» власником майна, переданого товариству його засновниками й учасниками є саме **товариство**, то вклад до статутного фонду господарського товариства не є об'єктом права спільної сумісної власності подружжя; **по-друге**, виходячи зі змісту частин 2, 3 СК, якщо вклад до статутного фонду господарського товариства зроблено за рахунок спільного майна подружжя, в інтересах сім'ї, той із подружжя, хто не є учасником товариства, має право на поділ одержаних доходів; **по-третє**, відповідно до положення статей 57, 61 СК, ст. 52 ЦК майно приватного підприємства чи фізичної особи – підприємця не є об'єктом спільної сумісної власності, а відтак інший із подружжя має право тільки на частку одержаних доходів від цієї діяльності.

Аналіз наведених правових позицій ВСУ дає чимало підстав вважати, що в них містяться редакційні та змістовні суперечності, щодо багатьох висновків відсутня правова аргументація, наводяться правові норми, які безпосередньо не стосуються досліджуваних правовідносин тощо. На ці й інші вразливі положення зазначених правових позицій звернула увагу

Г. В.Спасибо-Фатеева, яка після досить детального аналізу законодавства і правових позицій ВСУ дійшла однозначного висновку про те, що вклад, внесений за рахунок спільного майна подружжя, трансформується у частку учасника товариства в його статутному капіталі, яка є об'єктом права спільної сумісної власності подружжя [3, с.197].

Досліджувана правова ситуація була предметом розгляду Конституційного Суду України у справі за конституційним зверненням приватного підприємства «ІКІО» щодо офіційного тлумачення положення частини першої ст. 61 СК України, який у своєму рішенні від 19 вересня 2012 року дійшов висновку, що статутний капітал і майно приватного підприємства, сформовані за рахунок спільної сумісної власності подружжя, є об'єктом їх спільної сумісної власності. Одним із аргументів на користь такого рішення, на думку КС України, є те, що приватне підприємство (або його частина), засноване одним із подружжя – це окремий об'єкт права спільної сумісної власності подружжя, до якого входять усі види майна, в тому числі вклад до статутного капіталу і майно, виділене з їх спільної сумісної власності. За законами юридичної логіки таке рішення може бути поширене на вклади (частки) в статутному капіталі господарських товариств, що радикально змінює вищезгадані правові позиції і взагалі змінює всю правову ситуацію щодо правового режиму спільного майна, яке вноситься до статутного капіталу корпоративних і приватних унітарних підприємств. Проте прийняття Конституційним Судом України наведеного рішення може мати певні негативні наслідки, адже визнання вкладу (частки), внесеного до статутного капіталу корпоративного чи унітарного приватного підприємства одним із подружжя, формально дозволяє другому з них вимагати надання йому здійснення корпоративних чи інших управлінських прав. Зрештою воно не ґрунтується на достатніх доктринальних засадах і не усуває колізій між підприємницьким і сімейним законодавством, а відтак може створювати відповідні перепони в розвитку підприємництва. У будь-якому разі досліджувані відносини вимагають подальшого їх врегулювання, у процесі якого обов'язково необхідно врахувати, що подружжю майно може належати не лише на засадах права власності, а й за зобов'язальними правовідносинами. Тобто в одних випадках воно може бути об'єктом права спільної сумісної власності, а в інших – об'єктом права вимоги, що далеко не завжди враховується в цивілістичній доктрині, законотворчій і судовій практиці. Щоб уникнути таких негативних наслідків, доцільно було би законодавчо закріпити в ст. 61 СК України норму, яка передбачала б визнання вкладів (часток, паїв) до статутного капіталу спільним майном подружжя і надавала тому

з подружжя, який не є учасником, засновником, акціонером, право вимагати від іншого подружжя відповідної грошової компенсації та частини одержаних останнім доходів від використання їх спільного майна. Така конструкція правового режиму зазначеного майна не створювала б перешкод у здійсненні корпоративних прав одним із подружжя та врахувала б належно майнові інтереси другого з подружжя. Такий підхід був би прийнятним також щодо іменних акцій.

1. Zhylynkova Y.V. *Pravo sobstvennosti supruhov.* – Khar'kov, «Ksylon», 1997. – S. 211 – 212.
2. *The disallowance of bearer shares and the introduction of registered shares were first provided by the Law «On Joint Stock Companies» dated 17 September 2008.*
3. Spasybo-Fatyeyeva. *Tsyvilystyka: na shlyakhu formuvannya doktryn: vybr. nauk. pr./I.V.Spasybo-Fatyeyeva.* – Kh.: Zoloti storinky, 2012. – S. 197 – 209.

Дзера О. В. Деякі питання співвідношення сімейного та корпоративного законодавства в сфері майнових відносин подружжя

У статті йде мова про питання співвідношення сімейного й корпоративного законодавства у сфері майнових відносин подружжя. Зокрема, вказано основні риси правового режиму майна подружжя. Акцентовано увагу на чималій кількості прогалин законодавства щодо врегулювання майнових відносин між подружжям. Так, аналізується питання щодо можливості включення до спільного сумісного майна чоловіка та дружини цінних паперів, зокрема акцій. Зроблено висновок про наявність майнових прав одного з подружжя, хто не визначений акціонером, у разі створення акцій на спільні кошти. Також досліджено питання про включення вкладу в статутний капітал господарського товариства до переліку об'єктів спільного сумісного майна подружжя, а також зроблено пропозиції щодо внесення змін у чинне сімейне законодавство з метою подолання існуючих прогалин.

Ключові слова: подружжя, прогалина в законодавстві, спільна сумісна власність, цінні папери, акції, статутний капітал, вклад, приватне підприємство, господарське товариство.

Дзера А. В. Некоторые вопросы соотношения семейного и корпоративного законодательства в сфере имущественных отношений супругов.

В статье говорится о некоторых вопросах соотношения семейного и корпоративного законодательства в сфере имущественных отношений супругов. В частности, указано основные черты правового режима имущества супругов. Акцентируется внимание на немалом количестве пробелов законодательства по урегулированию имущественных отношений между супругами. Так, анализируется вопрос о возможности включения в состав общего имущества супругов ценных бумаг, в частности акций. Сделан вывод о наличии имущественных

прав одного из супругов, кто не определен акционером, в случае создания акций на общие средства. Также рассмотрен вопрос о включении вклада в уставный капитал хозяйственного общества в перечень объектов общего имущества супругов, а также сделаны предложения по внесению изменений в действующее семейное законодательство с целью преодоления существующих пробелов.

Ключевые слова: супруги, пробел в законодательстве, общая совместная собственность, ценные бумаги, акции, уставный капитал, вклад, частное предприятие, хозяйственное общество.

Dzera O. V. Some issues concerning the correlation of family and corporate legislation in the sphere of property relations between married couple.

The article deals with some issues concerning the correlation of family and corporate legislation in the sphere of property relations between married couple. In particular, the author indicates the main features of the legal regime of marital property. Also the author focuses on the considerable number of gaps in legislation concerning the regulation of property relations between married couple. Thus, the question concerning the possibility of inclusion in joint property of husband and wife securities, in particular shares, is analyzed. The author made the conclusion about that fact a wife or a husband who isn't a shareholder has some property rights regarding the shares which were issued by mutual funds of married couple. Also the article deals with the problem of the inclusion the contribution to the share capital of business partnership in the list of objects of married couple's joint property. As a result the author made some propositions concerning the amendments to existing family legislation to overcome existing gaps.

Keywords: a married couple; a legislative gap; common joint property; securities; shares; a share capital; a contribution; a private enterprise; a business partnership.

Жаба Матеуш
аспірант, кафедра
господарського та
торговельного права,
Сілезький університет, м.
Катовіце

Żaba Mateusz
PhD student, Department of
Commercial Law, University
of Silesia, Katowice

ПРИМУСОВИЙ ВИКУП АКЦІЙ У КОДЕКСІ ТОРГОВЕЛЬНИХ ТОВАРИСТВ ПОЛЬЩІ

УДК 347.728.2/.3(438)

Правовий інститут примусового викупу акцій (далі також сквіз-аут «англ. *squeeze-out*») становить відносно нову юридичну конструкцію, яка в наші дні здобуває щораз більшу популярність. В основному, вона введена більшістю законодавств країн Європейського Союзу. На даний момент така конструкція присутня в англійському, бельгійському, французькому, голландському, німецькому, датському, шведському та польському правах [1, с.32-38]. Слід підкреслити, що примусовий викуп акцій врегульовано також положеннями Директиви 2004/25/ЄС Європейського Парламенту й Ради від 21 квітня 2004 року про пропозиції поглинання. Необхідність введення цієї регуляції до господарського права виникла з однакових економічних вимог ринку капіталів країн ЄС. У сучасному польському законодавстві питання примусового викупу акцій врегульоване в положеннях Кодексу торговельних товариств (далі – КТТ) щодо приватних товариств та в положеннях закону про публічні пропозиції, які можуть застосовуватися щодо публічних товариств [2, с.9-19].

1. Загальні положення

Примусовий викуп акцій у приватних товариствах врегульовано статтею 418 КТТ Польщі. Суть цього інституту полягає в цьому, що мажоритарний акціонер, будучи власником передбаченої положеннями Кодексу частини статутного капіталу акціонерного товариства, може вимагати в міноритарних акціонерів продати належні їм акції в цьому товаристві. Загалом, головним завданням багатьох положень КТТ є захист прав меншості в акціонерному товаристві. Проте слід підкреслити, що положення ст. 418 впроваджують порівняно нове вирішення, що має на меті елімінацію з товариства міноритарних акціонерів [4]. Істотною роллю інституту сквіз-аут, крім нормування його допустимості, є захист майнових інтересів дрібних акціонерів [3, с.1-10]. Суть нововведення полягає в тому, щоб

міноритарні акціонери могли одержати ринкову вартість своїх акції і щоб ціна за акції була їм невідкладно сплачена.

Не викликає сумніву, що метою примусового викупу акцій є забезпечення справного функціонування акціонерного товариства. Крім того, в теорії вказується, що основними мотивами введення до польського законодавства регуляції сквіз-аут були захист мажоритарних акціонерів перед зловживанням права меншості, зниження витрат на функціонування товариства у зв'язку з наявністю в товаристві дрібних акціонерів, збільшення привабливості товариства для стратегічних інвесторів [2, с.9].

2. Спосіб врегулювання примусового викупу акцій у польському КТТ

Інститут примусового викупу акцій врегульований положеннями у ст. 418 КТТ. Беручи до уваги відносно короткий період чинності КТТ, регуляція цього ж інституту була вже новелізована, який на сьогодні є предметом багатьох правничих напрацювань, а також був предметом рішення Конституційного Суду Польщі [5].

Процедура викупу акцій у КТТ не стосується публічних акціонерних товариств, а також тих випадків, про які йде мова у польському Законі про комерціалізацію та приватизацію. Слід звернути увагу на те, що ст. 5 цього ж Закону виключає застосування ст. 418 КТТ щодо акцій Державної скарбниці Польщі, щодо яких застосовується Закон про комерціалізацію та приватизацію.

Правове регулювання за законодавством Польщі передбачає у ст. 418 § 1 КТТ, що інститут сквіз-аут знаходить застосування тоді, коли мажоритарні акціонери є власниками не менш як 95 відсотків акцій у статутному капіталі акціонерного товариства та цих акціонерів є не більш, ніж 5. При цьому кожен з цих акціонерів мусить окремо бути власником не менш, як 5 відсотків акцій у статутному капіталі акціонерного товариства. Крім того, акціонери, акції яких мають бути викуплені, повинні репрезентувати не більше, як 5 відсотків статутного капіталу. Згідно ч. 2 ст. 418 § 1 КТТ щодо викупу акцій необхідно приймати рішення більшістю 95 % голосів, відданих акціонерами на загальних зборах акціонерів, якщо статут товариства не передбачає більш суворих вимог. Слід зазначити, що зміст рішення про викуп акцій повинен вказувати як всі акції, що підлягають викупу, так і акціонерів, які будуть їх викуповувати [2, с.10-11].

Доцільно також звернути увагу на те, що ст. 418 КТТ не регулює вичерпно інститут примусового викупу акцій дрібних акціонерів. З одного боку, польський законодавець застосував техніку самостійної регуляції

щодо визначених питань примусового викупу акцій, а з другого боку, використав техніку відсилочних норм, зокрема до ст. 416 § 2 і 3. Ці положення стосуються питання щодо прийняття рішень загальними зборами у справах зміни істотних умов діяльності акціонерного товариства. Перш за все, про безпосереднє застосування ст. 416 КТТ зазначається в ч. 3 ст. 418 § 1 КТТ.

Самостійна регуляція інституту сквіз-аут у рамках положень ст. 418 КТТ охоплює лише суб'єктивні та об'єктивні передумови цього викупу (речення 1 цього положення) та передумови і спосіб прийняття рішення про примусовий викуп (речення 2 та 3 цього положення). Натомість ті положення, до яких відсилає норма, регулюють питання процедури визначення ціни викупу, перевірки способу визначення ціни, оголошення ціни і способу викупу через посередництво товариства органом управління [5]. Слід зазначити, що всі положення, до яких здійснюється посилення, стосуються відповідно сквіз-аута [6, с.968].

3. Передумови примусового викупу акцій у КТТ Польщі

Процедура примусового викупу акцій у приватних акціонерних товариствах вимагає одночасного врахування багатьох передумов. У польській доктрині такі передумови діляться на загальні передумови (визначають межі застосування примусового викупу шляхом вказання на акції, які можуть бути викуплені, м. ін. акції приватних акціонерних товариств) та особливі передумови (належать до умов проведення викупу тільки тих акцій, про які приймається рішення про примусовий викуп).

Загальних передумов стосується насамперед положення ст. 418 § 4 КТТ, яке не дозволяє провести викуп акцій у публічних акціонерних товариствах. Крім того, положення про примусовий викуп акцій не має застосування щодо акцій Державної скарбниці Польщі у товариствах, які виникли шляхом комерціалізації. Польські представники доктрини підкреслюють також, що не є можливим примусовий викуп акцій тих акціонерів, які мають так звані особисті права в товаристві, про які зазначено у ст. 354 КТТ [3, с.878]. Ці права пов'язані з особою акціонера, а не з його акцією. Прикладом цього права є право призначати членів управління або наглядової ради (ч. 2 ст. 354 § 1 КТТ).

Особливі передумови поділяються на суб'єктивні та об'єктивні. Суб'єктивні передумови стосуються як акціонерів, які викупувають акції, так й акціонерів, акції яких стають об'єкт викупу. З одного боку, мажоритарні акціонери повинні: репрезентувати разом більше, ніж 95 відсотків статутного капіталу, при цьому не може бути більше, ніж 5 акціонерів і кожний мажоритарний акціонер має бути власником мінімум 5

відсотків акцій у статутному капіталі товариства. З другого боку, акціонери, у яких акції будуть викуплені, повинні репрезентувати не більше, ніж 5 відсотків акцій у статутному капіталі. З огляду на цю передумову не є можливим здійснення «викупу у розстрочку». Разом з тим, більшість, яка хоче викупити меншість, що репрезентує для прикладу 7 відсотків акцій у статутному капіталі, не може цього здійснити шляхом двох рішень зборів акціонерів (наприклад, 4% + 3%), прийнятих у різні часи. У доктрині підкреслюється, що такі дії мають за мету обійти положення ст. 418 § 1 КТТ [5, с.1268].

Об'єктивними передумовами є прийняття рішення більшістю 95 % голосів, відданих акціонерами, якщо статут товариства не передбачає більш складних умов; вибір загальними зборами або судом експерта з питань оцінки акцій; оплата цілої суми мажоритарними акціонерами; викуплення в міноритарних акціонерів управлінням товариства за кошти мажоритарних акціонерів не раніше оплати цілої суми викупу та ін. [6, с.1269].

4. Рішення про примусовий викуп акцій та процедура викупу

Процедура викупу ініціюється рішенням про примусовий викуп, що має бути прийняте за дотримання умов щодо більшості голосів та способу голосування. Крім того, рішення має визначати ціну викупу [6, с.971]. Слід відзначити, що рішення у вищевказаній справі вважається прийнятним, якщо були дотримані: загальні умови для прийняття рішень в акціонерному товаристві й особливі умови, про які йдеться в ст. 418 § 1, § 2 та 3 КТТ.

Особливу увагу слід звернути на те, що для проведення викупу акцій за таке рішення має бути віддано акціонерами 95 відсотків голосів, якщо тільки статут товариства не передбачає більш складних умов. У змісті рішення слід зазначити про акції, що підлягають викупу, та акціонерів, які здійснюють викуп акцій. У зв'язку з положенням ст. 416 § 2 і 3 КТТ, що стосується примусового викупу акцій – рішення повинно бути прийняте шляхом таємного та поіменного голосування. При голосуванні щодо примусового викупу акцій – кожна акція, яка враховується при голосуванні, має один голос без привілеїв та обмежень. Введення правила «одна акція – один голос» вказує на важливість таких рішень і, в результаті, дає можливість голосування власником акцій з обмеженим правом голосу. Слід зазначити, що рішення про примусовий викуп не повинно охоплювати акцій всіх міноритарних акціонерів.

Наступним етапом є вибір зборами акціонерів або судом експерта з питань оцінки акцій, який повинен визначити ціну за кожную акцію. Його

висновок про оцінку акцій та визначену ціну повинен бути поданий до суду.

Мажоритарні акціонери, які мають придбати акції, зобов'язані повністю оплатити всю ціну акцій на банківський рахунок товариства до 3 тижнів від часу оголошення експертом ціни викупу.

Польський законодавець передбачає, що міноритарні акціонери, які продають свої акції, повинні подати документи акцій або інші документи про їх складення в товаристві строком до 1 місяця від оголошення рішення про викуп акцій. Після того акціонерне товариство зобов'язане викупити акції за кошти мажоритарних акціонерів. Примусовий викуп акцій здійснюється управлінням товариства строком до 1 місяця від закінчення строку для складення документів на акції. Крім того, польська регуляція передбачає, що вищевказаний строк не може закінчитися раніше, ніж після оплати цілої суми мажоритарними акціонерами.

5. Підведення підсумків

Інститут примусового викупу акцій, прийнятий польським законодавцем у КТТ, має на меті захист інтересів як міноритарних, так й мажоритарних акціонерів. Незважаючи на його технічно-правовий характер, цей інститут належить до інститутів сфери колективних прав, які вимагають володіння визначеною частиною статутного капіталу, щоб бути здійсненим. Крім того, слід підкреслити те, що польське право має модель позасудового викупу акцій дрібних акціонерів та звужує кодексові передумови примусового викупу до приватних акціонерних товариств.

1. J. Warchoł, *The squeeze-out and reverse squeeze-out regulation in European Union (Regulacja instytucji squeeze out i reverse squeeze out w Unii Europejskiej)*, *Przegląd Prawa Handlowego* 2002, nr 12, p. 32 -38
2. P. Piniór, W. Wyrzykowski, *Squeeze-out and sell-out in public and private joint-stock companies. (Przymusowy wykup i odkup akcji w spółkach publicznych i niepublicznych)*, *Prawo Spółek* 2008, nr 9, p. 9 – 19
3. A. Szumański, *Squeeze-out of minority shareholders (Przymusowy wykup akcji drobnych akcjonariuszy)*, *Przegląd Prawa Handlowego* 2001, nr 11, p. 1 – 10
4. A. Kidyba, *Code of Commercial Companies and Partnerships. 2nd Volume. Commentary on Art. 301 - 633 (Kodeks spółek handlowych. Tom II. Komentarz do art. 301-633 KSH)*, Warszawa 2013, 1594 pp.
5. S. Soltysiński, A. Szajkowski, A. Szumański, J. Szwaja, *Code of Commercial Companies and Partnerships. 3rd Volume. Joint-stock company. Commentary on Art. 301 - 490 (Kodeks spółek handlowych. Tom III. Spółka akcyjna. Komentarz do art. 301-490)*, Warszawa 2013, 1978 pp.

6. P. Pinior, W. Popiołek, J. A. Strzępka (red.), E. Zielińska, *Code of Commercial Companies and Partnerships. Commentary. (Kodeks spółek handlowych. Komentarz)*, Warszawa 2013, 1418 pp.

7. M. Rodzynkiewicz, *Code of Commercial Companies and Partnerships. Commentary. (Kodeks spółek handlowych. Komentarz)* Warszawa 2012, 1368 pp.

Жаба М. Примусовий викуп акцій у Кодексі Торговельних товариств Польщі

В дослідженні розкрито проблематику регулювання інституту примусового викупу акцій. Інститут примусового викупу акцій є порівняно новою конструкцією польського права. Він з'явився недавно також в законодавствах деяких держав Європейського Союзу. Основна форма цього інституту прийнята в ст. 418 польського Кодексу торговельних товариств, яка ґрунтується на приписах Директиви Європейського Парламенту і Ради 2004/25/WE про пропозиції поглинання, прийнятих від 21 квітня 2004 р. У роботі окреслено сутність примусового викупу, що полягає у можливості викупу акцій мажоритарними акціонерами в акціонерів-міноритаріїв за ціною, визначеною згідно з положеннями польського Кодексу торговельних товариств. Предметом даної статті є врегулювання інституту примусового викупу акцій. Основна мета врегулювання польським правом спрямована на задоволення відповідної охорони прав міноритарних акціонерів, а також охорони прав мажоритарних акціонерів від можливості зловживання корпоративними правами міноритарними акціонерами. На даний час суб'єктна сфера регулювання ст. 418 Торговельного кодексу охоплює виключно приватні акціонерні товариства.

Ключові слова: примусовий викуп акцій, приватні акціонерні товариства, законодавство Республіки Польща.

Żaba M. Przymusowy wykup akcji w polskim Kodeksie spółek handlowych

W niniejszym opracowaniu została przedstawiona problematyka regulacji instytucji przymusowego wykupu akcji. Instytucja przymusowego wykupu akcji stanowi stosunkowo nową konstrukcję prawa polskiego. Zasadniczo niedawno pojawiła się także w ustawodawstwach niektórych państw Unii Europejskiej. Podstawowy kształt tej instytucji przyjęty w art. 418 polskiego Kodeksu spółek handlowych oparty jest na przepisach Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2004/25/WE o publicznych ofertach przyjęcia z 21 kwietnia 2004 r. W opracowaniu zaprezentowano istotę przymusowego wykupu polegającą na możliwości wykupu przez akcjonariuszy większościowych akcji należących do akcjonariuszy mniejszościowych po cenie określonej zgodnie z przepisami polskiego Kodeksu spółek handlowych. Przedmiotem niniejszego artykułu jest cel regulacji instytucji przymusowego wykupu akcji. Za podstawowy zamiar uregulowania przyjętego na gruncie prawa polskiego należy uznać zarówno chęć zapewnienia odpowiedniej ochrony praw drobnych akcjonariuszy jak i ochronę praw akcjonariuszy większościowych przed możliwością nadużycia praw korporacyjnych przez akcjonariuszy mniejszościowych. Obecnie zakres podmiotowy

regulacji art. 418 Kodeksu spółek handlowych obejmuje wyłącznie prywatne spółki akcyjne.

Ключовые слова: прzymусовый выкуп акции, private spółki akcyjne, ustawodawstwo polskie

Жаба М. Принудительный выкуп акций в Кодексе торговых обществ Польши

В исследовании раскрыта проблематика регулирования института принудительного выкупа акций. Институт принудительного выкупа акций является относительно новой конструкцией польского права. Он появился недавно также в законодательствах некоторых стран Европейского Союза. Основная форма этого института принята в ст. 418 польского Кодекса торговых товариществ и обществ, которая основана на предписаниях Директивы Европейского Парламента и Совета 2004/25/WE об предложении поглощения, принятых с 21 апреля 2004 г. В работе показана сущность принудительного выкупа, которая заключается в возможности выкупа акций мажоритарными акционерами у акционеров-миноритариев по цене определенной согласно с положениями польского Кодекса торговых товариществ и обществ. Предметом данной статьи является урегулирование института принудительного выкупа акций. Главная цель урегулирования польским правом направлена на удовлетворение соответственной охраны прав миноритарных акционеров, а также охраны прав мажоритарных акционеров от возможности злоупотребления корпоративными правами миноритарными акционерами. В настоящее время субъектная сфера регулирования ст.418 Торгового кодекса охватывает исключительно частные акционерные общества.

Ключевые слова: принудительный выкуп акций, private акционерные общества, польское законодательство

Żaba M. The squeeze-out regulation in the Polish Code of Commercial Companies

This paper deals with the regulation of squeeze-out that appears in the Polish Code of Commercial Companies. The squeeze-out institution is a relatively new construction of Polish law. In principle, it has occurred recently also in legal systems of European Union Member States. The main form of this institution was adopted in article 418 of the Polish Code of Commercial Companies and it is based on the regulation of Directive 2004/25/EC of the European Parliament and of the Council of April 21st 2001 on takeover bids. The paper presents the essence of the squeeze-out matter which is the possibility to buy out by majority shareholders at the price which is determined by the Polish Code of Commercial Companies. The subject of this article refers to the goal of squeeze-out regulation. The main aims of this regulation approved in Polish law are to guarantee an appropriate protection of the rights of the minority shareholders and also protection of the rights of majority shareholders from abuse of corporate rights by minority shareholders. Nowadays, the subjective

scope of regulation of the Article 418 of the Polish Code of Commercial Companies concerns only to private joint-stock companies.

Keywords: squeeze-out, private joint-stock-companies, Polish law

Zdanikowski Paweł

*Ph.D., Assistant professor of
the Department of Commercial
Law John Paul II Catholic
University of Lublin*

Зданіковський Павел

*кандидат юридичних наук,
доцент кафедри торгового
права факультету права,
права канонічного і
адміністрації Люблінського
Католицького університету
імені Івана Павла II*

INHERITING SHARES IN A LIMITED LIABILITY COMPANY IN A LEGAL COMPARATIVE PERSPECTIVE

УДК 347.65/68

One of the characteristics of the legal form of a limited liability company is the possibility of making changes in personal makeup of shareholders without any need to change the company deed and consent of other shareholders. The titles of share in the company (shares) are transferable property rights, which may be transferable both *inter vivos* and *mortis causa*. The subject of this study is to examine how the issue of shares inheritance is regulated in the legislation of selected European countries. The goal of the study is to determine: whether and possibly what regularities are present.

Several legal orders were selected for the analysis. The considerations begin with the analysis of the regulations of states in German legal circle (German, Austrian and Swiss). As everybody knows, German regulation within the scope of a limited liability company is the oldest. Therefore, the selection of issues seems obvious. Then French regulation will be presented as traditionally opposite to German solutions as well as British, traditionally opposite to continental legal system. Dutch regulation will be only signalled as an example of a new regulation recognised as a modern one. The considerations are closed with an analysis of the Polish regulation as the home regulation for the author.

Germany

German law expressly states inheritance of shares. Pursuant to § 15, passage 1 GmbHG shares in a limited liability company are transferable and hereditary. In contrast to the regulation on transferability of shares, GmbHG does not pay more attention to the issue of shares inheritance. In all other

aspects general regulations of inheritance law are applied. A share, pursuant to § 1922, passage 1 and 1967 BGB, passes into the heir or heirs along with all related third party rights and along with possible rights and specific obligations, unless they are shaped as related to the shareholder in person [1, p.815]. Shares inheritance cannot be contractually excluded. Regulation in this respect is of absolutely binding nature [2, p.1051]. Contractual provisions that stipulate non-inheritance of a share or automatic redemption in the event of shareholder's death are ineffective. However, a reservation is possible of redemption of shareholder heirs' shares or the obligation to dispose of shares by them (*Abtretungspflicht*) for the benefit of another shareholder or third party [1, p.1051].

In the German literature it is disputable whether the company deed may contain clauses limiting the transferability of shares (similar as in the case of transferability *inter vivos*) referred to in § 15 passage 5 GmbHG, also in relation to shares inheritance. According to the dominant position of the doctrine and jurisdiction this is unacceptable [3, p.1240].

Division of shares between heirs may be contractually excluded. It is also possible to exclude it on the basis of the provisions concerning division of inheritance. Pursuant to § 2042, passage 2 BGB in connection with § 752 BGB the principle is that division of the object being part of inheritance takes place through a physical division, which is unacceptable if involves reduction in the value of things (in the case of a share it would take place when the company deed reserves a specified majority of votes necessary to adopt a resolution, and the division would result in dividing shares below this value). Then inheritance will be divided in this respect by sale of shares by means of public bidding, and in this situation the clause limiting the transferability of shares will be applied [3, *ibidem*]. In the German literature there is no consent with regard to whether general clauses limiting the transferability of shares (pursuant to § 15 passage 5 GmbHG) are used between the heirs within the inheritance division. According to the dominant position the use of such constraints is unacceptable [3, p.1240-1241].

Austria

The Austrian regulation of shares inheritance is close to the German regulation. Shares in an Austrian limited liability company are also transferable and hereditary (§ 76, passage 1 öGmbHG). In the literature and judicial decisions it is disputable whether the company deed may exclude shares inheritance. The greater part of literature and jurisdiction perceives the issues of shares inheritance as a matter regulated in an absolutely binding manner [4, p.81]. The contractual provision, according to which, in the event of the

shareholder's death his or her shares are transferred to the other shareholders in certain parts is recognised to be in conflict with binding provision of § 76, passage 1 öGmbHG [4, p.81; 5, p.729]. However, a contractual provision is acceptable that share in the event of death is transferred to another shareholder. Then upon the shareholder's death their share goes to an appropriate shareholder, however, as in the case of the subscription, the heir must transmit the share on the non-shareholder (*Nichtgesellschafter*) in the form of a legal act [5, p.730]. It is unacceptable to determine that the share is transmitted to the company [5, p.729].

In the Austrian literature it is commonly assumed to accept the contractual reservation of the obligation of shares transmission by heirs to persons indicated in the contract (*Aufgriffsrecht*) [4, p.82; 5, p.729]. For the effect to occur, however, it is necessary to conclude a contract transferring the share between the heirs and the persons indicated in the contract in the notary form [5, p.729].

Contractual restrictions of shares inheritance are also acceptable [4, p.82], like limitation of division of shares of the deceased shareholder. In particular, the company deed can reserve consent of the company to divide the deceased shareholder's shares between their heirs or the consent of shareholders (all or specified) [5, p.729].

Switzerland

The issue of shares inheritance is regulated in Article 788 OR, which determines special cases of purchase of shares. It states that if the shares were acquired through inheritance, division of inheritance, community property or enforcement, all the related rights and obligations are transferred to the acquiring person without permission of the Assembly of Shareholders (Article 788, passage 1 OR), however, to exercise the voting right and related rights, a consent of the Assembly of Shareholders is required (passage 2). The Assembly of Shareholders may refuse consent only when the company itself wants to take over the shares for the real price during submission of the request. This can take place on own account of the company, on account of another shareholder or third party. The company deed may resign from the requirement to obtain the company's consent. Passage of shares as such, does not depend on the consent of the Assembly of Shareholders, but involves conditioning exercising the voting right on the consent of the Assembly of Shareholders [6, p.172]. Hence, shares are to be transferred to heirs, but corporate rights, and in particular the right to vote, are inactive [7, p.627].

France

The French Commercial Code regulates the issues of shares inheritance in Article L-223-13. Basically, the shares are hereditary. The company deed can,

however, constitute that in the case of the shareholder's death the company will be continued only with the surviving shareholder, then the heir may request payment of the value of the testator's shares.

The company deed may also limit share inheritance. In this respect the same principles apply as in the case of limitations on transferability of shares between the living that are determined by Article L.223-14 of the Commercial Code. The basic form of shares transferability limitations is to obtain the consent of the Assembly of Shareholders, which should be expressed within three months from the date of submission of the request (at the request of the Management Board this time limit may be prolonged by the court, not longer, however, than up to six months). In the case the company refuses the consent, within three months from the date of refusal the other shareholders should purchase the shares of the deceased shareholder.

The Netherlands

The Dutch regulation does not mention expressly the issues of shares inheritance. It determines their legacy. Pursuant to Article 195 passage 3 of the Civil Code shares legacy is subject to the same limitations as the regulation between the living. Here Article 195, passage 1 of the Civil Code applies stating that unless the contract provides to limit or exclude such a right, the shareholder may freely transfer one or more shares to their spouse «registered shareholder», relatives or next of kin in a straight line without any constraints and in the side line to the second degree, another shareholder and the company. The group of these people may be extended in the contract with relatives and next of kin in the side line, to the third or the fourth degree.

The company deed may also provide that in certain cases the shareholder is obliged to offer and transfer share to other persons. In this situation the deed may also provide that as long as the shareholder does not fulfill this obligation, their right to vote and participation in the Assembly of Shareholders and the right to profit are suspended (Article 195a of the Civil Code).

Great Britain

Shares in the British law are also transferable. It results indirectly from Article 770 passage 2 of the Companies Act, which states that a company may not register a shareholder or a person whose right to shares in the company was transmitted, by virtue of law, until proven, and the types of required documents is determined by Article 774 CA.

Transmission of shares takes place for instance, in the event of shareholder's death. In such a situation the shares are given to the inheritance administrator or the will's executor, who may sell them or dispose of them otherwise without registration in the company, and it is subject to its transferability limitations

contained in the company deed [8, p.216]. These people can claim registration as shareholder, unless the company deed states otherwise. The administrators of the company have the same right to refuse registration as in the case of sale of shares [8, p.216].

The company deed can, however, limit this right [9, p.156]. Full member rights are obtained along with registration as a member. Until that time heirs have no voting rights, nor the right to participate in the Assembly of Shareholders.

Poland

The Code of Commercial Companies does not constitute expressly about inheritance of shares in a limited liability company. No regulation is an expression of proper assumption that shares, as property rights, in accordance with the general rules (Article 922 of the Civil Code) are part of inheritance after the shareholder. As a result, the Code of Commercial Companies regulates only the issues of exclusion or limitation of shares inheritance. This issue is described only in Article 183 of the Code of Commercial Companies. It has the following wording: The company deed may limit or exclude the deceased shareholder's heirs entering the company. In this case the company deed should define the conditions of repayment of the heirs not entering the company, or else such limitation or exclusion shall be ineffective (§1). The company deed may exclude or in a certain way limit the division of shares between heirs in the case when the deceased shareholder had more than one share (§ 2). If, pursuant to the company deed, the shareholder could have only one share, the share may be divided between the heirs, unless the company deed excludes or limits in a certain way the division of this share between heirs. As a result of division, shares lower than PLN 50 cannot be created (§ 3).

This regulation states that the shares are hereditary, however, the shareholders in the company deed can make them not hereditary (excluding heirs entering), or restrict their hereditary nature (determination of conditions where the share is inherited). In any case, excluding inheritance or its limitation is effective only when the company deed envisages the principles for repaying heirs. As it seems, it is not about literally introducing to the deed any records concerning repayments, but about these rules being able to lead to granting the heirs of the shareholder economic equivalent of the shares. The shareholders in the deed can introduce exclusion or limitations, both with regard to the possibility to inherit in general as well as only with respect to division of shares between the heirs possibly introduce both limitations. The division of shares between the heirs can be excluded at all, which causes the shares finally in division of inheritance to be given only to a single heir or limited in a certain way.

Conclusions

The above analysis of shares inheritance issue regulation enables drawing the following conclusions. All the legal systems subject to the study assume as a principle the hereditary nature of shares. The rule is thus that the death of a limited liability company shareholder causes their heirs entering the company. None of the above systems provides that this principle is absolute. On the other hand, it is acceptable to have contractual limitation of acceptability for shareholder's heirs to enter the company, most often taking the form of entering dependence on obtaining the company's consent. The indirect solution is envisaged by the Swiss law, which, on the one hand, respects the principle of share inheritance, however, it also envisages that without the consent of shareholders the heirs will not be able to perform corporate rights in the company. Some legislators also accept share inheritance exclusion, or directly: e.g. the Polish law (then the condition for effective exclusion is determining in the deed the principles for repaying heirs) or indirectly as e.g. the German and Austrian law that formally forbid share inheritance exclusion, however, they stipulate solutions similar in consequences to heirs exclusion from inheritance – they accept the possibility of contractual reservation of the obligation to sell the shares by heirs to the persons indicated in the deed. In any case, none of the studied legal orders accepts heirs exclusion from entering the company without an economic equivalent of the share.

In spite of some differences it can be stated that regulation of the issue of inheritance is essentially consistent and results from uniform perception of the share as a property right, and a limited liability company as a capital company, but having strong personal characteristics. The metacapital nature of a limited liability company manifests itself in the effect of other surviving shareholders on the makeup of the company after death of one of shareholders.

1. *Henssler M., Strohn L. (ed.), Company Law, Munich. – 2011.*
2. *Schmidt K., Company Law, Cologne-Berlin-Bonn-Munich. – 1997.*
3. *Michalski L. (ed.), Commentary on the Limited Liability Company Law (LLC-L), Vol. I, Munich. – 2010.*
4. *Straube M. (ed.), Vienna Commentary on the Limited Liability Company Law, Vienna 2009, Vol. 3*
5. *Gelis M., Commentary on the Limited Liability Company Law, Vienna 2009.*
6. *Küng M., Camp R., Limited Liability Company Law, Zurich 2006.*
7. *Meyer-Hayoz A., Forstmoser P., Swiss Company Law, Bern 2012.*
8. *Wild C., Weinstein S., Smith and Keenan's Company Law, Pearson Longman 2009.*

9. *Girvin S., Frisby S., Hudson A., Charlesworth's Company Law, London 2010.*

Павел Зданиковський. Спадкування часток в товаристві з обмеженою відповідальністю: порівняльно-правовий аспект

У статті досліджено питання успадкування часток в товаристві з обмеженою відповідальністю відповідно до німецького, австрійського, шведського, французького, данського, британського та польського законодавства. У всіх досліджених правових системах застосовується принцип успадкування часток, проте в жодній з них цей принцип не є абсолютним. З іншого боку, загальновизнаним є умовне обмеження прийняття до товариства спадкоємців учасника, яке найчастіше полягає в наданні згоди компанії щодо вступу до неї. Однак в будь-якому разі жоден із досліджених правопорядків не допускає виключення спадкоємців від вступу до товариства без відшкодування економічного еквіваленту частки. Не зважаючи на деякі розбіжності можна стверджувати, що регулювання проблеми успадкування часток є в принципі послідовним, що впливає з однакового сприйняття часток як майнового права, а товариства з обмеженою відповідальністю як компанії, яка однак володіє сильними спеціальними ознаками.

Ключові слова: товариства з обмеженою відповідальністю, спадкування часток, спадкування акцій, правові системи.

Павел Зданиковський. Наследование долей в обществе с ограниченной ответственностью: сравнительно-правовой аспект

В статье исследованы вопросы наследования долей в обществе с ограниченной ответственностью в соответствии с немецким, австрийским, шведским, французским, датским, английским и польским законодательством. Во всех исследованных правовых системах применяется принцип наследования долей, однако в одной из них этот принцип не является абсолютным. С другой стороны, общепризнанным является условное ограничение принятия в общество наследников участника, которое чаще всего заключается в предоставлении согласия компании по вступлению в нее. Однако в любом случае ни один из исследованных правопорядков не допускает исключения наследников от вступления в общество без возмещения экономического эквивалента доли. Несмотря на некоторые разногласия, можно утверждать, что регулирование проблемы наследования долей является в принципе последовательным, что следует из одинакового восприятия частиц, как имущественного права, а общества с ограниченной ответственностью как компании, которая однако обладает сильными специальными признаками.

Ключевые слова: общество с ограниченной ответственностью, унаследование долей, унаследование акций, правовые системы.

Paweł Zdanykovskyy. Dziedziczenie udziałów w spółce z ograniczoną odpowiedzialnością: porównawcze aspekty prawne

Artykuł prezentuje zagadnienie dziedziczenia udziałów w spółce z ograniczoną odpowiedzialnością w prawie niemieckim, austriackim, szwajcarskim, francuskim, holenderskim, brytyjskim i polskim. Wszystkie poddane badaniu systemy prawne

jako zasadę przyjmują dziedziczność udziałów, w żadnym z nich nie jest to jednak zasada bezwzględna. Przeciwnie, powszechnie akceptowane są umowne ograniczenia dopuszczalności wstąpienia do spółki spadkobierców współnika, które najczęściej przybierają postać uzależnienia wstąpienia do spółki od uzyskania jej zgody. W każdym razie jednak żaden z badanych porządków prawnych nie dopuszcza wyłączenia spadkobierców od wstąpienia do spółki bez ekonomicznego ekwiwalentu udziału. Pomimo pewnych różnic można jednak stwierdzić, że regulacja problematyki dziedziczenia udziałów jest zasadniczo spójna i wynika z jednolitego postrzegania udziału jako prawa majątkowego, a spółki z o.o. jako spółki kapitałowej, lecz o silnych cechach osobowych.

Słowa kluczowe: spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, udziały spadkowe, akcje dziedziczenia, systemy prawne.

Paul Zdanykovskyy. Inheriting shares in a limited liability company in a legal comparative perspective.

The article presents the issue of inheriting shares in a limited liability company in German, Austrian, Swiss, French, Dutch, British and Polish law. All examined legal systems assume as a principle the hereditary nature of shares but none of them provides that this principle is absolute. On the other hand, it is acceptable to have contractual limitation of acceptability for shareholder's heirs to enter the company, most often taking the form of entering dependence on obtaining the company's consent. In any case, none of the studied legal orders accepts heirs exclusion from entering the company without an economic equivalent of the share. In spite of some differences regulation of the issue of inheritance is essentially consistent and results from uniform perception of the share as a property right, and a limited liability company as a capital company, but having strong personal characteristics.

Key words: limited liability company, inheritance shares, inheriting shares, legal systems.

Зеліско А.В.

*кандидат юридичних
наук, доцент, доцент
кафедри цивільного права
Юридичного інституту
Прикарпатського
національного університету
імені Василя Стефаника*

Zelisko A.V.

*PhD in Law, associate
Professor of the chair of civil
law of Juridical Institute
Precarpathian National
University Named after Vasyl
Stefanyk, the senior lecturer*

ЛЕГАЛЬНІ КОНСТРУКЦІЇ ПІДПРИЄМНИЦЬКИХ ЮРИДИЧНИХ ОСІБ ПРИВАТНОГО ПРАВА ЗА ЗАКОНОДАВСТВОМ УКРАЇНИ ТА ЗАРУБІЖНИХ ДЕРЖАВ: КОМПАРАТИВІСТСЬКИЙ АСПЕКТ

УДК 347.471.032

У сучасних умовах однією із найбільш мобільних і зручних форм ведення бізнесу є юридичні особи приватного права, спрямовані на отримання прибутку. Система цих юридичних осіб в Україні сформувалася в доволі своєрідних умовах, пов'язаних із відсутністю в момент апогею їх поширення глибинних доктринальних розробок щодо їх сутності, класифікації (відповідно, системи), окремих організаційно-правових форм. Вказаного характеру розробки віднайшли вже своє відображення в положеннях ЦК України 2003 року. Здавалося б, що прийняття концептуального приватноправового акта мало б мати результатом закріплення в уніфікованому порядку спектру можливих форм юридичних осіб, спрямованих на отримання прибутку, однак застосування норм ЦК України на практиці впродовж десяти років продовжує продукувати певні проблемні питання. Мова йде не лише про такі очевидні аргументи щодо складності застосування норм ЦК України, як наявність ГК України з іншою системою юридичних осіб чи то наявність значної кількості спеціальних нормативних актів, а й про необхідність доктринального перегляду правових конструкцій юридичних осіб, спрямованих на отримання прибутку, їх класифікацій тощо. При цьому виникає потреба звернення до досвіду зарубіжних держав, незважаючи на те, що чинний ЦК України був розроблений та прийнятий з урахуванням тогочасних провідних наукових розробок і досвіду прийняття відповідних кодифікованих актів в інших країнах. Адже останнім часом у суспільствах більшості із цих держав

МІЖНАРОДНИЙ ЖУРНАЛ «ПРАВО І СУСПІЛЬСТВО»

відбулися суттєві трансформації, які подекуди спричинили до зміни підходів щодо регулювання юридичних осіб, які мають за мету отримання прибутку.

Безперечно, що юридичні особи належать до тих правових інститутів, які постійно знаходяться у сфері наукових зацікавлень провідних вітчизняних учених. Зокрема, вони були предметом досліджень таких відомих науковців у галузі цивільного, господарського й аграрного права, як: С. С. Алексеєв, Т. В. Боднар, Д. В. Боброва, В. І. Борисова, С. Н. Братусь, В. А. Васильєва, О. М. Вінник, В. П. Грибанов, І. П. Грешніков, О. В. Дзера, А. С. Довгерт, І. В. Жилінкова, І. С. Канзафарова, О. Р. Кібенко, Н. В. Козлова, В. М. Коссаєв, О. В. Кохановська, В. М. Кравчук, Н. С. Кузнєцова, І. М. Кучеренко, В. В. Лаптев, В. В. Луць, Р. А. Майданик, Д. І. Мейєр, В. Д. Примаєв, В. М. Селіванов, І. А. Селіванова, В. І. Семчик, І. В. Спасиби-Фатєєва, Р. О. Стефанчук, Н. І. Титова, Є. О. Харитонов, О. І. Харитонова, Я. М. Шевченко, Ю. С. Шемшученко, Г. Ф. Шершенєвич, Р. Б. Шишка, В. С. Щербина, О. В. Щербина, В. З. Янчук та інші. Однак так звана «пластичність» конструкції юридичної особи, її постійна потреба трансформуватися відповідно до сучасних соціально-економічних умов у суспільстві зумовлює постійну актуальність наукових пошуків у цій сфері.

Враховуючи усі викладені аргументи, *метою нашого дослідження* є спроба комплексного розгляду основних правових конструкцій, які вітчизняний законодавець використовує стосовно юридичних осіб, спрямованих на отримання прибутку, крізь призму порівняння їх із аналогічними положеннями іноземних держав для встановлення рівня відповідності цих конструкцій сучасним соціально-економічним умовам та окреслення можливих тенденцій їх подальшої трансформації.

Оскільки у дослідженні використовується поняття «конструкція», то очевидно є потреба розкриття її змісту. Безперечно, що основною родовою категорією у тій сфері правовідносин, що нас цікавить, є поняття юридичної особи. Однак систематизація усіх можливих форм юридичних осіб, спрямованих на отримання прибутку, вимагає застосування додаткових родових понять (так званих родових понять другого рівня). Вони виникають у результаті впровадження класифікаційних критеріїв та є основою для існування в їх межах окремих організаційно-правових форм. Відповідно до основ юридичної техніки правовою конструкцією є специфічна побудова нормативного матеріалу, відповідно до певного типу або виду сформованих правовідносин, юридичних фактів, їх зв'язку між собою; комплекс правових засобів, які утворюють типізовані моде-

Легальні конструкції підприємницьких юридичних осіб приватного права за законодавством України та зарубіжних держав

лі, що відповідають своєрідним різновидам суспільних відносин [1, с. 494]. Отже, як бачимо, конструкція є типізованою моделлю, яка охоплює сукупність різновидів відносин (в даному випадку – сукупність організаційно-правових форм юридичних осіб приватного права, спрямованих на отримання прибутку). У цьому полягає родовий характер правової конструкції в систематизації юридичних осіб. Безумовно, що такі конструкції мають володіти загальними якісними характеристиками, які відзначаються статичністю і дають їм можливість виступати основою системи юридичних осіб приватного права. Однак специфіка ринкової економіки і пріоритетність інституту юридичних осіб у цивільному обороті зумовлюють потребу наявності у таких конструкцій ознак мобільності, що дозволятимуть маневрувати шляхом вирізнення в їх межах окремих видів. Наведений фактор зумовлює необхідність застосування кількох класифікаційних критеріїв при побудові системи юридичних осіб приватного права. Саме тому, розкриваючи її зміст, незалежно від законодавства держави, потрібно вести мову про наявність загальних фундаментальних правових конструкцій, а також про окремі види юридичних осіб приватного права, що виникають у їх межах.

Звертаючись до законодавства України, варто зауважити, що вітчизняний законодавець, розробляючи і приймаючи чинний ЦК України, використовував історичний досвід попередніх кодифікацій, а також тенденції, загальноприйняті в Європі. Зокрема, як зазначають Н. С. Кузнецова й А. С. Довгерт, у питаннях класифікації юридичних осіб приватного права ЦК України повертається до тих критеріїв, видів та форм, що існували до жовтня 1917 р. і прийняті зараз у Європі. Розробники проекту кодифікації виходили із вчення про те, що кожна юридична особа має створюватися за моделлю, яка відповідає всім ознакам самостійного учасника обігу, відома законодавцю та учасникам обороту. Тому в ЦК України встановлюється вичерпний перелік форм юридичних осіб приватного права. Юридичні особи можуть створюватися у формі товариств і установ. До того ж, для підприємницьких товариств ще встановлюється закритий перелік їх видів. Таким чином, і це дуже важливо, різні юридичні особи приватного права можуть існувати в межах лише двох форм – товариств та установ [2, с. 20]. Фактично, товариства й установи якраз і виступають як типізовані моделі, які ми ідентифікуємо в якості правових конструкцій родового характеру. Однак ситуація ускладнюється подальшими положеннями тієї ж статті 83 ЦК України, адже передбачається існування інших форм юридичних осіб приватного права, передбачених законом. Як зауважує І. В. Спасибо-Фатеева, остаточна редакція цієї стат-

ті стала певним компромісом у зв'язку із рішенням прийняти також Господарський кодекс України [3, с. 65]. Враховуючи те, що Господарський кодекс використовує абсолютно інші правові конструкції родового характеру (а саме: поняття підприємства), прагнення розробників ЦК України уніфікувати й логічно вибудувати систему юридичних осіб приватного права зводяться нанівець.

Повертаючись до запроваджених ЦК України типізованих моделей (конструкцій), слід зазначити про відсутність у сучасній науці єдиної думки щодо їх сутності. Н. С. Кузнецова, ведучи мову про товариства й установи, називає їх формами юридичних осіб [2, с. 20]. І. В. Спасибо-Фатєєва визначає їх як організаційно-правові форми юридичних осіб приватного права [3, с. 64]. І. М. Кучеренко ідентифікувала вказані поняття як системоутворюючі [4, с. 23]. Не заперечуючи жодну із наведених позицій, видається за необхідне ще раз акцентувати увагу на специфіці цих понять, які, будучи результатом застосування первинних класифікаційних рівнів, є, як ми уже зазначали, так званими родовими поняттями другого рівня та виступають основою для застосування додаткових класифікаційних критеріїв із метою виокремлення видів юридичних осіб приватного права та їх організаційно-правових форм.

Незважаючи на відмінності у позиціях щодо сутності понять товариства та установи, вчені одностайні у своїх висновках про невідповідність законодавства і доктрини щодо використання конструкцій юридичних осіб приватного права. Вказана невідповідність особливо яскраво проявляється у сфері тих із них, які спрямовані на отримання прибутку.

Оскільки установи ідентифікуються в доктрині та практиці як не-підприємницькі юридичні особи, можемо зробити висновок, що законодавець стосовно підприємницьких юридичних осіб приватного права орієнтує нас суто на конструкцію «товариство». Аналіз норм ЦК України свідчить, що основою такої конструкції є відносини участі. Саме ця якісна характеристика є тим статичним компонентом досліджуваної конструкції, яка притаманна будь-якій організаційно-правовій формі юридичної особи, що функціонуватиме в її межах.

Використовуючи конструкцію товариства, а саме – підприємницького товариства, для функціонування підприємницьких юридичних осіб приватного права, законодавець окреслює вичерпний перелік організаційно-правових форм таких товариств, залишаючи поза межами цивільно-правового регулювання інші організаційно-правові форми.

Застосування легальних конструкцій підприємницьких юридичних осіб приватного права, встановлених ЦК України, ускладнюється та-

Легальні конструкції підприємницьких юридичних осіб приватного права за законодавством України та зарубіжних держав кож використанням доктринальних конструкцій, які безпосередньо нормою закону не передбачені. Мова йде про корпоративну юридичну особу (юридичну особу корпоративного типу). Однозначно, що її сутність є максимально наближеною до легальної конструкції «товариство», оскільки для неї, як і для останнього, притаманними є відносини участі. На підтвердження висловленого доречно навести думку В. А. Васильєвої про те, що для корпоративних юридичних осіб характерний постійний особливий суспільний зв'язок між ними і засновниками, для позначення якого і застосовується термін «корпоративне право»[5, с.11]. Однозначно, що наявність корпоративних прав є одним із проявів відносин участі в юридичній особі.

Опосередковано конструкцію корпоративної юридичної особи передбачає ГК України, визначаючи, що підприємства поділяються на корпоративні та унітарні. Але який же критерій знаходиться в основі виокремлення корпоративних та унітарних юридичних осіб (підприємств – за ГК України)? Однозначно, що корпоративні підприємства можна ідентифікувати як такі, що належать до конструкції «товариство». Однак до якої конструкції – «товариство» чи «установа» слід віднести унітарні підприємства? З'ясування цього питання є предметом вже окремого дослідження.

Усі вищенаведені положення дають можливість зробити висновок про те, що традиційно доктрина наголошує на відсутності загальних підходів до регулювання непідприємницьких юридичних осіб, проте сьогодні можна з упевненістю констатувати відсутність таких підходів у ЦК України і стосовно регулювання підприємницьких юридичних осіб приватного права.

Аналіз ЦК України з точки зору відповідності системи підприємницьких юридичних осіб приватного права, яка ним встановлена, сучасним соціально-економічним умовам свідчить про те, що досліджувані юридичні особи регулюються ним фрагментарно (суто в межах підприємницьких товариств), тоді як його положення покликані встановлювати фундаментальні правові конструкції, що стануть основою для функціонування всіх можливих організаційно-правових форм юридичних осіб, спрямованих на отримання прибутку.

Очевидним є те, що поділ юридичних осіб приватного права на товариства та установи і виокремлення юридичних осіб із метою отримання прибутку, винятково в межах закритого переліку підприємницьких товариств, потребує доктринального перегляду із точки зору зміни класифікаційного рівня таких юридичних осіб. Така потреба вже віднайшла

своє відображення в провідних наукових дослідженнях. Зокрема, І. В. Спасибо-Фатєєва наголошує на тому, що єдиної класифікації юридичних осіб на установи та товариства не достатньо. В її основу покладено лише один критерій, інші ж критерії повинні привести до інших класифікацій юридичних осіб [3, с. 68].

Саме для проведення озвучених трансформацій у сфері регулювання юридичних осіб із метою отримання прибутку шляхом запровадження додаткових класифікаційних критеріїв та зміни їх рівнів потрібно звернутися до досвіду зарубіжних держав. Оскільки охопити у межах однієї статті всі країни неможливо, сконцентруємо наші наукові пошуки на окремих постсоціалістичних європейських державах.

Дослідження положень Цивільних кодексів окремих держав постсоціалістичного простору (Республіка Молдова, Республіка Грузія, Республіка Казахстан, Киргизька Республіка, Республіка Узбекистан, Республіка Білорусь тощо) свідчить про те, що в них не використовується первинний і єдиний класифікаційний поділ юридичних осіб приватного права на товариства та установи. Зокрема, відповідно до ч. 2 ст. 24 ЦК Грузії юридичні особи можуть бути організовані корпоративно, засновані на членстві, залежні чи незалежні від наявності членів, і займатися чи не займатися підприємництвом [6]. Аналогічні норми містить ч. 2 ст. 55 ЦК Республіки Молдова, однак наступна частина цієї статті запроваджує ще один класифікаційний критерій – «у зв'язку з участю у створенні майна юридичної особи його засновники (учасники) мають або не мають право вимоги по відношенню до цієї юридичної особи. До юридичних осіб, по відношенню до яких засновники (учасники) мають право вимоги, відносяться товариства та кооперативи». Стаття ж 59 визначає, що юридичні особи приватного права можуть створюватися безперешкодно, але лише в одній із форм, передбачених законом. Юридичні особи приватного права можуть мати на меті отримання прибутку або не мати такої мети [7].

ЦК Республіки Казахстан (ст. 24), ЦК Республіки Білорусь (ст. 44, 46) та ЦК Киргизької Республіки (ст. 83, 85) також в якості первинної класифікації юридичних осіб приватного права використовують комплекс критеріїв, як-от: наявність чи відсутність мети отримання прибутку, наявність чи відсутність зобов'язальних відносин майнового характеру між юридичною особою та її засновниками (учасниками) (ст. 24) [8; 9; 10]. Окрему увагу слід приділити законодавству Республіки Узбекистан, відповідно до ЦК якого застосовується лише один первинний критерій поділу юридичних осіб приватного права: знову ж таки наявність чи відсутність мети отримання прибутку. Таким чином, такий критерій взагалі

Легальні конструкції підприємницьких юридичних осіб приватного права за законодавством України та зарубіжних держав є фундаментальним для системотворення усіх юридичних осіб приватного права [11].

Законодавство наведених держав використовує комплексно кілька класифікаційних критеріїв, а також встановлює відмінні від ЦК України класифікаційні рівні. В якості таких первинних рівнів класифікації застосовуються: наявність або відсутність відносин участі, наявність чи відсутність мети отримання прибутку. І лише на вторинних класифікаційних рівнях у ЦК окремих держав використовуються правові конструкції товариства чи кооперативу, як-от у ЦК Республіки Молдова (ч. 3 ст. 55). ЦК України конструкцію кооперативу вживає лише опосередковано, зокрема шляхом віднесення виробничих кооперативів до підприємницьких товариств, а споживчих – до непідприємницьких. У той же час ЦК Республіки Молдова, наприклад, у ч. 3 ст. 55 визначає, що до юридичних осіб, стосовно яких засновники (учасники) мають право вимоги, відносяться товариства та кооперативи. Ст. 36 ЦК Республіки Казахстан передбачає положення, згідно з яким до юридичних осіб, на майно яких засновники (учасники) зберігають зобов'язальні права, відносять господарські товариства, акціонерні товариства та кооперативи. Відповідно, ЦК більшості і постсоціалістичних держав містять загальні положення не лише про товариства, а й про кооперативи (у тому числі ті, що спрямовані на отримання прибутку), що однозначно забезпечує більш системне регулювання юридичних осіб приватного права, ніж в Україні.

Відмінними від чинного законодавства України є також і підходи ЦК зарубіжних постсоціалістичних держав щодо переліку організаційно-правових форм підприємницьких (комерційних) юридичних осіб. Комплексний аналіз норм діючих у цих державах Цивільних кодексів дозволяє зробити висновок про наявність кількох підходів до вирішення окресленого питання: 1) ЦК визначають вичерпний перелік комерційних (підприємницьких) організацій серед імовірних форм, однак цей перелік значно ширший, ніж в Україні (Казахстан, Киргизька Республіка); 2) ЦК визначають невичерпний перелік комерційних (підприємницьких) організацій. Зокрема, ч. 2 ст. 46 ЦК Республіки Білорусь встановлює наступне: юридичні особи, що є комерційними, можуть створюватися у формі господарських товариств, виробничих кооперативів, унітарних підприємств, фермерських господарств та інших формах, передбачених ЦК РБ; подібного характеру положення містять і в ч. 2 ст. 40 ЦК Республіки Узбекистан; 3) ЦК передбачають норми диспозитивного характеру (Молдова, Грузія), які відсилають до спеціальних законів, а в ЦК передбачено положення про можливість створення підприємницьких організацій у

будь-якій формі, дозволеній законом. У цих державах діють Закони «Про підприємців» (Грузія), «Про підприємництво та підприємства» (Молдова). Фактично такі нормативні акти виконують функціональне навантаження прийнятого в Україні Господарського кодексу. Але наявність їх не викликає питань щодо специфіки застосування, оскільки вони однозначно сприймаються як спеціальні.

Вважаємо за доцільне запозичити досвід наведених держав з точки зору застосування кількох первинних класифікаційних критеріїв юридичних осіб приватного права, серед яких в першу чергу мова йде про наявність чи відсутність мети отримання прибутку, наявність чи відсутність відносин участі. Комплексність таких критеріїв дозволить охопити всі можливі форми юридичних осіб приватного права, а застосування в ЦК України на первинному класифікаційному рівні критерію наявності чи відсутності мети щодо отримання прибутку забезпечить можливість охопити усі можливі організаційно-правові форми тих юридичних осіб, які спрямовані на прибуток. Окрім того, заслуговує на увагу також використана в окремих державах схема законодавчої техніки, яка проявляється у наявності загальних норм в ЦК щодо юридичних осіб, спрямованих на отримання прибутку, а також норм, що в плані окреслення організаційно-правових форм такого роду юридичних осіб відсилають до спеціальних нормативних актів.

1. *Shutak I. D. Yurydychna tekhnika: navchalnyi posibnyk dlia vyshchyykh navchalnykh zakladiv / I. D. Shutak, I. I. Onyshchuk. – Ivano-Frankivsk, 2013. – 496 p.*
2. *Kuznietsova N. Tsyvilnyi kodeks Ukrainy: vyznani zdobutky kodyfikatsii (do 10-i richnytsi chynnosti Tsyvilnogo kodeksu Ukrainy) / N. Kuznietsova, A. Dovgert // Pryvatne pravo. – № 2. – 2013. – P. 15 – 28.*
3. *Spasybo-Fatieieva I. V. Yurydychni osoby za Tsyvilnym kodeksom Ukrainy / I. V. Spasybo-Fatieieva // Pryvatne pravo. – № 2. – 2013. – P. 62 – 70.*
4. *Kucherenko I. M. Orhanizatsiino-pravovi formy yurydychnykh osib pryvatnogo prava: monografiia / I. M. Kucherenko. – K.: Instytut derzhavy I prava im. V. M. Koretskogo NAN Ukrainy, 2004. – 328 p.*
5. *Vasylieva V. A. Poniattia ta yurydychna pryroda korporatyvnykh vidnosyn I korporatyvnykh prav / V. A. Vasylieva // Okhorona prav sybiektiv korporatyvnykh vidnosyn: monohrafiia / za zah. red. akademika NAprN Ukrainy V. V. Lutsia. – K., 2012. – P. 7 – 12.*
6. *Grazhdanskii kodeks Gruzii ot 26 iyunia 1997 goda №786-IIc [Elektronnyi resurs]. – Rezhym dostupa: <http://www.twirpx.com/files/law/foreigncivil/codes/>.*

7. *Grazhdanskii kodeks Respubliki Moldova ot 6.06. 2002 g. № 1107-XV [Elektronnyi resurs]. – Rezhym dostupa: <http://www.twirpx.com/files/law/foreigncivil/codes/>.*
8. *Grazhdanskii kodeks Respubliki Kazakhstan ot 27 dekabria 1994 goda [Elektronnyi resurs]. – Rezhym dostupa: <http://www.twirpx.com/files/law/foreigncivil/codes/>.*
9. *Grazhdanskii kodeks Kyrgyzskoi Respubliki ot 8 maia 1996 goda № 16. [Elektronnyi resurs]. – Rezhym dostupa: <http://www.twirpx.com/files/law/foreigncivil/codes/>.*
10. *Grazhdanskii kodeks Respubliki Belarus ot 7 dekabria 1998 g. № 218-3 [Elektronnyi resurs]. – Rezhym dostupa: http://etalonline.by/?type=text®num=HK9800218#load_text_none.*
11. *Grazhdanskii kodeks Respubliki Uzbekistan ot 29.08.1996 g. . № 257-I // Vedomosti Oliy Mazhlisa Respubliki Uzbekistan. – 1996. – № 11 – 12. – P. 1; 1997. – № 9. – P. 241 [Elektronnyi resurs]. – Rezhym dostupa: http://www.lex.uz/Pages/GetAct.aspx?lact_id=111181.*

Зеліско А. В. Легальні конструкції підприємницьких юридичних осіб приватного права за законодавством України та зарубіжних держав: компаративістський аспект

Сучасна система підприємницьких юридичних осіб приватного права сформувалася в особливих умовах, при яких були відсутні доктринальні розробки щодо їх сутності, класифікації, окремих організаційно-правових форм. Саме тому на сьогоднішній момент виникла потреба перегляду правових конструкцій підприємницьких юридичних осіб шляхом звернення до аналізу законодавства зарубіжних країн.

Детальне дослідження зазначених норм інших держав дозволяє стверджувати про необхідність застосування декількох класифікаційних критеріїв юридичних осіб приватного права, наприклад, наявність або відсутність мети отримання прибутку, наявність або відсутність відносин участі та ін. Комплексність цих критеріїв дозволить врегулювати системно всі можливі форми підприємницьких юридичних осіб приватного права.

Ключові слова: юридична особа, підприємницька юридична особа приватного права, товариство, правова конструкція юридичної особи, комплекс критеріїв класифікації юридичних осіб.

Зеліско А. В. Легальные конструкции предпринимательских юридических лиц частного права за законодательством Украины и зарубежных государств: компаративистский аспект

Современная система предпринимательских юридических лиц частного права сформировалась в особенных условиях, при которых отсутствовали доктринальные разработки касательно их сущности, классификации, отдельных организационно-правовых форм. Именно поэтому на сегодняшний момент воз-

никла потребность пересмотра правовых конструкций предпринимательских юридических лиц путем обращения к анализу законодательства зарубежных стран.

Детальное исследование указанных норм других государств позволяет утверждать о необходимости применения нескольких классификационных критериев юридических лиц частного права, например, наличие или отсутствие цели получения прибыли, наличие или отсутствие отношений участия и др. Комплексность этих критериев позволит урегулировать системно все возможные формы предпринимательских юридических лиц частного права.

Ключевые слова: юридическое лицо, предпринимательское юридическое лицо частного права, общество, правовая конструкция юридического лица, комплекс критериев классификации юридических лиц.

Zelisko A. V. Construction of entrepreneurial legal entities of private law in the legislation of Ukraine and foreign countries: comparative analysis

The entrepreneurial legal entities of Private Law are the most operative and comfortable form of modern business. These legal entities was forming in specific terms. Scientific conceptions of the constructions of entrepreneurial legal entities of Private Law were absent in a that period. The legal adjusting of these legal entities can be characterized by different problems of the practice and science: it is the general norms of the Civil and the Commercial codes of Ukraine; a lot of special normative acts in the current legislation of Ukraine. These scientific researches are burning. As a result, modern science needs the comparative analysis of the current legislation of foreign countries.

The basic summarizing category of the sphere of our scientific interests is the legal entity. The processes of the integration of the forms of entrepreneurial legal entities of Private Law need additional the basic summarizing categories – the categories of second level. These categories are the result of different criteria of classification and are the basic of separate legal forms of legal entities. The construction of legal entities is the type, which includes a lot of forms of the entrepreneurial legal entities of Private Law. It's a main role of this legal construction in the processes of the integration. Such legal constructions have got static and dynamic signs. The dynamic signs are the basic of forms of the entrepreneurial legal entities of Private Law. This fact needs a few criteria of classification of legal entities of Private Law. The complex of these criteria we formed on basic of the comparative analysis of the current legislation of foreign countries. It is established, that the current legislation of foreign countries can be use such criteria of classification of legal entities of Private Law: the primary aim of legal entity; the nature of legal bond between the legal entity and it's participant and other criteria.

The processes of application of the complex of criteria of classification of legal entities of Private Law should be solve the problems of legal adjusting of the entrepreneurial legal entities of Private Law in the Civil Code of Ukraine. Such legal model should unite different systems of legal entities and should become a basis for creation of new forms of entrepreneurial legal entities.

Легальні конструкції підприємницьких юридичних осіб приватного права за законодавством України та зарубіжних держав

Keywords: legal entity, entrepreneurial legal entity of Private Law, company, legal construction of legal entity, complex of criteria of classification of legal entities.

Зозуляк О.І.

*кандидат юридичних
наук, доцент, доцент
кафедри цивільного права
Юридичного інституту
Прикарпатського
національного університету
імені Василя Стефаника*

Zozuliak O.I.

*PhD in Law, associate
Professor of the chair of civil
law of Juridical Institute
Precarpathian National
University Named after Vasyl
Stefanyk, the senior lecturer*

ПРОБЛЕМИ ВДОСКОНАЛЕННЯ ПРАВОВОГО РЕГУЛЮВАННЯ ЗДІЙСНЕННЯ ПІДПРИЄМНИЦЬКОЇ ДІЯЛЬНОСТІ НЕПІДПРИЄМНИЦЬКИМИ ОРГАНІЗАЦІЯМИ ЗІ СТАТУСОМ ЮРИДИЧНОЇ ОСОБИ

УДК 347.72.032

Традиційно у цивілістичній літературі як критерій розмежування підприємницьких і непідприємницьких юридичних осіб (за ЦК України – товариств, що пов’язане із відсутністю комплексного врегулювання становища непідприємницької юридичної особи на рівні Кодексу) наводиться мета їх діяльності – одержання чи неодержання прибутку, а у визначенні непідприємницької юридичної особи ключовою ознакою є те, що така структура діє без мети одержання прибутку. Таке бачення закріпилось у цивілістиці ще з дореволюційної літератури та особливо розвинуте радянською цивілістикою. Разом з тим, на сьогодні з абсолютною певністю можна стверджувати, що наведені підходи виступають швидше даниною цивілістичній традиції, проте не відображають потреб сучасності щодо суті непідприємницьких юридичних осіб та особливостей їх участі у цивільному обороті. У цьому зв’язку варто навести влучне висловлювання Є. О. Суханова: «Необхідно визнати, – вказує він, що цивілістика і законодавство, яке слідує за її висновками і постулатами інколи не зовсім послідовно відображають сучасний стан справ в деяких окремих сферах майнових (цивільно-правових відносин)» [1, с. 7]. Абсолютно сприймаючи наведені автором міркування, додамо, що вони особливо актуальні щодо непідприємницьких юридичних осіб, а така консервація загальноприйнятих підходів щодо правової природи непідприємницьких структур зі статусом юридичної особи призводить у результаті до їх неді-

свості. Вітчизняна цивілістика останніх років з особливим інтересом за-дається проблемою здійснення підприємницької діяльності непадприемницькими юридичними особами. Проте, якщо ще кілька десятиліть тому питання ставилося в контексті можливості здійснення підприємницької діяльності непадприемницькими юридичними особами взагалі, то на сьогодні ідея щодо можливості здійснення такої діяльності сприймається як абсолютно виправдана і така, що відповідає фундаментальним засадам сучасного цивільного обороту й механізмам ринкової економіки. Така ситуація означає, що серед двох підходів – функціонального та економічного – у поясненні призначення непадприемницької юридичної особи перевагу останнім часом отримав саме економічний підхід, підтвердження чого знаходимо в положеннях ЦК України, які визначають базові засади здійснення підприємницької діяльності непадприемницькими юридичними особами. У цьому аспекті варто наголосити на далекоглядність розробників ЦК України, які при неактивній на той час участі непадприемницьких організацій у майнових відносинах зуміли побачити поряд із їхніми некомерційними цілями і тенденцію до комерціалізації. Дійсно, на сьогодні серед дослідників проблем комерціалізації непадприемницьких організацій майже неможливо виділити погляди, які б заперечували логіку тих процесів, що пов'язані зі здійсненням поряд із своєю некомерційною діяльністю і комерційну. Навіть ті дослідники проблем комерціалізації непадприемницьких організацій, для прикладу, американський науковець Говард Олек у своїх ранніх наукових працях піддавав критиці й заперечував такі процеси, а згодом, навпаки, виступив прихильником такої тенденції [2].

Здійснення підприємницької діяльності непадприемницькими організаціями ставить перед вітчизняним законодавцем на порядок денний проблеми щодо особливостей їх участі в підприємницьких відносинах, співвідношення між їх спеціальною правоздатністю та одержанням прибутку, правового механізму та доцільності відповідних обмежень при здійсненні ними підприємницької діяльності, а головне – пошуку шляхів і напрямів вдосконалення легального поділу юридичних осіб на підприємницькі та непадприемницькі, з приводу яких спробуємо викласти власне бачення в рамках цієї статті.

Основою закріплення за непадприемницькими юридичними особами (як непадприемницькими товариствами, так і установами) права на здійснення підприємницької діяльності виступає стаття 85 ЦК України, де подається легальне визначення непадприемницьких товариств як товариств, що не мають на меті одержання прибутку для його наступного

розподілу між учасниками. Як випливає з наведеної статті, концептуальні засади регулювання ЦК України непідприємницьких юридичних осіб є абсолютно не відпрацьовані і носять фрагментарний характер, адже в її рамках йде мова про непідприємницькі товариства як видове поняття, проте не згадується про непідприємницьку юридичну особу як категорію родову. Іншими словами, формулюючи визначення непідприємницької юридичної особи можливо варто було б використовувати зазначений критерій (виваженість критерію, закладеного в межах ст. 85 ЦК України ще слід піддати відповідному науковому аналізу), а не тільки непідприємницьких товариств. Крім того, для визначення засад здійснення непідприємницькими юридичними особами підприємницької діяльності не менш важливе значення має ст. 86 ЦК України «Здійснення підприємницької діяльності непідприємницькими товариствами та установами», де зазначено, що непідприємницькі товариства й установи можуть поряд зі своєю основною діяльністю здійснювати підприємницьку діяльність, якщо інше не встановлено законом і якщо ця діяльність відповідає меті, для якої вони були створені та сприяє її досягненню.

Комплексний аналіз обох норм ЦК України дозволяє стверджувати, що законодавець ставить ряд умов при здійсненні непідприємницькими юридичними особами підприємницької діяльності: по-перше, підприємницька діяльність повинна служити досягненню мети, для якої створювалася юридична особа; по-друге, одержаний в результаті такої діяльності прибуток не повинен розподілятися між учасниками.

Також слід вказати, що критерій поділу юридичних осіб на підприємницькі та непідприємницькі вказує нам на певну основну діяльність непідприємницьких юридичних осіб і додаткову (здійснення ними підприємницької діяльності), чим вводить так звану «умовність» їх поділу, на що часто звертається увага в цивілістиці, провокує критичне сприйняття такого поділу та навіть появу міркувань з приводу доцільності відмови від нього. Це означає, що критерій класифікації досліджуваних суб'єктів цивільних правовідносин обраний не зовсім вірно, що створює потребу в напрацюванні дієвих класифікаційних критеріїв з метою якісної систематизації юридичних осіб в цілому та непідприємницьких зокрема. Оперування термінами «допоміжна діяльність», «інша діяльність, що приносить доходи» непідприємницьких юридичних осіб на практиці може створити тільки додатковому плутанину і довільне тлумачення цих категорій. У цьому зв'язку варто повною мірою підтримати міркування А. В. Зеліско, яка цілком вірно зауважує, що факт належності

ті підприємницької діяльності до основної чи допоміжної в жодній мірі не змінює її сутності, вона все одно залишається підприємницькою [3, с. 194]. А це ще раз підтверджує доцільність вивіряння вміщених у ЦК України підходів щодо класифікаційних критеріїв поділу досліджуваних нами суб'єктів.

У цивілістичній літературі вже були запропоновані варіанти розвитку цивільного законодавства в цій частині. Так, досліджуючи концепцію підприємницької юридичної особи, Т. В. Соїфер критикує такий критерій розмежування комерційних і некомерційних юридичних осіб як мету їх створення, пропонуючи в якості базового критерію мету їх діяльності. Мета створення підприємницьких юридичних осіб (на відміну від підприємницьких) не пов'язана з одержанням прибутку, тоді як мета їх діяльності може мати безпосередню направленість на одержання матеріальних благ [4, с. 11-12]. Таким чином, дослідниця пропонує замість категорії *«діяльність з метою одержання прибутку»* вживати термін *«направленість на одержання матеріальних благ»*, що, вважаємо не внесе чіткості у вдосконаленні класифікаційного критерію підприємницьких юридичних осіб. На сторінках «Вісника цивільного права» Д. І. Степанов порушує проблему щодо пошуку критеріїв розмежування юридичних осіб на комерційні й некомерційні і наводить досить переконливі аргументи на користь сприйняття економічного, а не функціонального критерію. Науковець наголошує, що єдиним кваліфікуючим критерієм підприємницьких юридичних осіб, що відмежовує подібні організації в окремий тип юридичної особи, слід визнавати не критерій основної мети діяльності, а заборону на розподіл прибутку між учасниками некомерційної організації. Вказана заборона, на думку автора, будучи вбудованою в правову конструкцію некомерційної організації, з самого початку унеможливує використання форми підприємницької юридичної особи як правової моделі, що орієнтована на максимізацію прибутку [5, с. 60]. Аналогічну позицію займає і Н. Є. Бодяк, яка, досліджуючи законодавство Білорусі, зазначає, що «основним критерієм поділу юридичних осіб на підприємницькі та підприємницькі виступає заборона на розподіл прибутку, що одержаний в результаті підприємницької діяльності між засновниками (учасниками) організації» [6]. Подібна позиція прослідковується і в американській правовій доктрині, відповідно до якої підприємницькі організації не можуть «працювати на благо приватних інтересів» і ніяка частина їх «чистого» прибутку не може бути використана на благо будь-якого приватного акціонера або індивідуума [7].

Моделюючи сутність підприємницької й непідприємницької юридичної особи за законодавством України, слід рухатися шляхом дихотомічного поділу, коли через один визначений критерій поняття ділять на дві групи, з яких одну характеризує наявність цієї підстави, а іншу – її відсутність. Закладення певного критерію означатиме, що коли для підприємницької юридичної особи він буде характерним, то для непідприємницької – ні. Найбільш універсальне визначення корпорації у вузькому розумінні, яке, по суті, можна ототожнити із категорією підприємницька юридична особа запропоноване В. А. Васильєвою. Обравши відповідні кваліфікуючі критерії, науковець до юридичних осіб корпоративного типу відносить всі організаційно-правові види юридичних осіб, які створені з метою отримання прибутку та подальшого його розподілу між учасниками, і в результаті створення яких у засновників виникає особливий вид майнових та особистих прав, які прийнято називати корпоративними правами [8, с. 61; 8, с. 96]. Дане визначення можна характеризувати за двома критеріями: 1) створення корпорацій із метою отримання прибутку та подальшого його розподілу між учасниками; 2) виникнення в засновників особливого виду майнових та особистих прав, які прийнято називати корпоративними правами. У цілях нашої статті важливим є саме перший із критеріїв (хоча наявність чи відсутність у засновників (учасників) корпоративних прав також важливий критерій на шляху побудови моделі непідприємницької юридичної особи). Так от, якщо відштовхуватися від тези, що підприємницька юридична особа (корпорація) діє з метою отримання прибутку та подальшого його розподілу між учасниками, то непідприємницька – діє з метою одержання прибутку, але без його подальшого розподілу, що є логічним дихотомічним поділом досліджуваних нами цивілістичних категорій.

З точки зору моделювання відповідних цивілістичних ознак непідприємницької юридичної особи цей критерій відіграє надважливе значення, оскільки з його допомогою визначаються права засновника (учасника) непідприємницької юридичної особи щодо прибутку останньої. Але чи буде достатньо тільки його при формуванні доктринального визначення непідприємницької юридичної особи у визначенні слід зберегти вказівку на так звану основну мету? Основною метою непідприємницьких юридичних осіб є відповідна діяльність у культурній, соціальній, екологічній та інших сферах суспільного буття. Але чи тільки непідприємницькі організації діють з певною основною метою? Скажімо, чи не можна назвати мету, з якою здійснюють банківську, фінансову, страхову, діяльність на ринку цінних паперів основною для цих юридичних осіб? Очевидно, що

перепон, які б заважали вести мову про основний характер мети їх діяльності немає. У такому розрізі певна чітко виражена мета діяльності кожної юридичної особи є основною. Більше того, перелік різновидів мети діяльності по суті є незлічений як за категорією інтересу (публічний чи приватний), так і за сферою суспільних відносин. Крім того, яка роль у формуванні цивільно-правового становища юридичної особи належить ознаці основної мети її діяльності? На рівні ЦК України ця ознака майже не впливає на кристалізацію цивільно-правового статусу юридичної особи (у тому числі недержавної). На рівні актів спеціального законодавства мета діяльності може відіграти роль, коли її надважливість для суспільства обумовлює посилені вимоги зі сторони законодавця стосовно тих суб'єктів, які її здійснюють, у частині особливостей державної реєстрації, вимог щодо мінімального розміру статутного капіталу та інших особливостей (включаючи інтереси, що спонукають до її здійснення, вимоги до учасників, якщо йде мова про членську організацію). Такий підхід можемо констатувати при здійсненні банківської діяльності, діяльності політичних партій тощо. Таким чином, основна мета діяльності юридичної особи (як підприємницької, так і недержавної) може слугувати основою встановлення підвищених вимог до неї на рівні окремих актів спеціального законодавства. Однак при формуванні класифікаційних критеріїв поділу юридичних осіб на підприємницькі та недержавні на рівні ЦК України вона не відіграє настільки важливу роль, як вказівка на те, що одержаний прибуток не розподіляється між учасниками (засновниками) недержавної юридичної особи, а тому основна мета діяльності як ознака недержавної юридичної особи носить додатковий характер при моделюванні її цивілістичної суті. Якщо сприймати дихотомічний поділ певних правових явищ, про який зазначалося вище, у нашому випадку – юридичних осіб, то підприємницькі юридичні особи є такими, що мають право на розподіл прибутку між собою, а недержавні – такі, що прибуток не розподіляють. Використання ж критерію виокремлення недержавних юридичних осіб за ознакою основної мети діяльності через свою невизначеність не є самодостатнім при здійсненні дихотомічних класифікацій.

Таким чином, вважаємо, що найбільш оптимальним напрямом удосконалення класифікаційних критеріїв відмежування недержавних юридичних осіб від підприємницьких буде передусім вказівка на нерозподіл між учасниками (засновниками) одержаного прибутку, а вже далі – конкретизація щодо спрямування його (прибутку) на досягнення відповідної мети діяльності недержавної юридичної особи. Одно-

значний і чіткий класифікаційний критерій виокремлення непідприємницьких юридичних осіб, що мав би бути закладений на рівні ЦК України, сприятиме розвитку спеціального законодавства у сфері конкретних різновидів непідприємницьких юридичних осіб у тому ж ключі, у якому скеровані базові норми Кодексу, та виключатиме ті законодавчі неточності, що існують в окремих законодавчих актах. Так, для прикладу, у ч. 4 ст. 16 Закону України «Про благодійну діяльність та благодійні організації» визначено, що благодійні організації мають право здійснювати господарську діяльність без мети одержання прибутку, що сприяє досягненню їх статутних цілей. При цьому, у ч. 1 ст. 11 цього ж Закону визначено, що метою благодійних організацій не може бути одержання і розподіл прибутку серед засновників, членів органів управління, інших пов'язаних із ними осіб, а також серед працівників таких організацій. Чому така невдала редакція норм Закону? Очевидно, серед іншого (передусім низького рівня юридичної техніки) через відсутність чіткого критерію поділу юридичних осіб на підприємницькі та непідприємницькі. У Законі замість того, щоб прописати, що прибуток не розподіляється між засновниками, прописали можливість здійснення господарської діяльності без мети одержання прибутку. А яким чином такою неприбутковою господарською діяльністю можна посприяти реалізації мети благодійної організації? Відповідь однозначна – жодним. У продовження критики положень даного Закону, а таких спеціальних законодавчих актів чимало, абсолютно погоджуємось із цілком слушними застереженнями В. А. Васильєвої з приводу того, що замість здійснення узагальнень і доктринального тлумачення, вітчизняна законодавча система поповнюється все новими й новими нормативними актами, які настільки далекі від гармонізації з наявним законодавством, що краще їх не приймати, аніж потім узгоджувати та уніфікувати [9, с. 5]. Зазначена теза особливо актуальна, коли йде мова про непідприємницькі юридичні особи і надзвичайно великий масив нормативного регулювання із рівнем правотворчості, що не витримує жодної критики, в тому числі в частині розвитку базових положень ЦК України щодо здійснення підприємницької діяльності непідприємницькими юридичними особами.

З урахуванням наведених позицій щодо критерію розмежування підприємницьких і непідприємницьких юридичних осіб робимо проміжний висновок з приводу того, що непідприємницькі юридичні особи – це юридичні особи, які не здійснюють розподіл прибутку між засновниками (учасниками), а спрямовують його на досягнення суспільнокорисної чи приватнокорисної мети в різних сферах суспільного життя.

Проте концепція підприємницької діяльності непадприємницьких юридичних осіб не обмежується виключно вибором правильного критерію їх виокремлення. Не менш важливе значення відіграють і положення, якими б визначався правовий механізм, межі та інші аспекти підприємницької діяльності непадприємницькими структурами зі статусом юридичної особи. Проблема пошуку найбільш оптимального механізму врегулювання підприємницької діяльності непадприємницьких юридичних осіб ускладнюється ще й тим, що правова фігура некомерційної організації як учасника майнових правовідносин із теоретичної точки зору є майже не пізною. Тому, обираючи шляхи розвитку законодавства, у жодному разі не слід забувати, що підприємництво – професійна діяльність із визначеною спеціалізацією, напрямками і формами здійснення. Підприємницька діяльність непадприємницьких структур без виважених законодавчих обмежень однозначно не зможе витримати конкуренції професіоналів – підприємницьких юридичних осіб. Це може вплинути на тривалість та ефективність їх діяльності, адже, будучи ненадійним контрагентом без мінімального статутного капіталу, часто невласником майна, а відтак неповноцінним суб'єктом цивільно-правової відповідальності, підприємництво некомерційних структур може серйозно підірвати стабільність цивільного обороту.

При проведенні відповідних наукових пошуків за обраним нами напрямом варто звертатись також до позитивного досвіду інших країн, де правовий механізм здійснення підприємницької діяльності непадприємницькими структурами чітко відпрацьований. Так, звернення до досвіду країн Центральної та Східної Європи дозволяє стверджувати, що, крім загальної формули щодо нерозподілу прибутку, одержаного в результаті підприємницької діяльності, в окремих країнах встановлюються і додаткові вимоги, зокрема щодо необхідності вказівки в установчих документах тих видів господарської діяльності, які здійснює непадприємницька юридична особа; окремі країни закріплюють положення про те, що економічна діяльність може носити тільки епізодичний характер і не може складати частину діяльності організації, здійснюваної на регулярній основі (Румунія), або ж подібна діяльність допускається лише в обсязі, який необхідний для підтримання діяльності, що спрямована на досягнення статутних цілей (Хорватія, Угорщина, Литва). Досить чітко прослідковується вплив виду непадприємницької юридичної особи на можливість здійснення нею підприємницької діяльності. Так, для прикладу, у Чехії громадським і благодійним фондам забороняється здійснювати підприємницьку діяльність попри загальний дозвіл на здійснення такої

діяльності всім іншим видам непідприємницьких організацій. Аналогічний підхід запроваджений і в Словаччині. У Македонії благодійні фонди та об'єднання не можуть безпосередньо здійснювати підприємницьку діяльність, а виключно шляхом створення акціонерного товариства [10].

З точки зору економічних моделей, що втілюються в життя при здійсненні підприємницької діяльності непідприємницькими організаціями, в економічно розвинених державах, до прикладу, в США поширеними є кілька життєздатних бізнес-моделей для некомерційних організацій, які дозволяють генерувати додаткові джерела доходу і досягнення більш стійкої організації ведення підприємництва некомерційними організаціями, зокрема: нарощення продаж фірмових товарів, модель «плата за послуги», заснування окремого комерційного підприємства чи так званого гібридного соціального підприємства, перехід від некомерційної організації до комерційної [7]. Найбільш поширеними при цьому є перші дві бізнес-моделі: продаж фірмових товарів та система «плата за послуги». З активною діяльністю некомерційних організацій змінюються (зростають чи зменшуються) обсяг і межі здійснення ними підприємницької діяльності. Поступова їх комерціалізація неминуче веде до зміни їх правової моделі на підприємницьку юридичну особу в тих організаційно-правових формах, що передбачені для останніх. Якщо ж через певні механізми (скажімо, модель, яку ми наводили – «плата за послуги») непідприємницька юридична особа має можливість перебувати на належному рівні фінансування (а точніше – самофінансування), вона у такий спосіб віднайде своє місце в комерційній сфері. Подібну тенденцію зауважила й І.В.Спасибо-Фатєєва, відзначаючи, що непідприємницькі товариства програють підприємницьким як у стартовому капіталі, так і в подальшому фінансуванні. Проте, якщо непідприємницьке товариство все ж пододало цей бар'єр, воно вже втрачає зміст у звуженні тих цілей, для яких створювалося. І, навпаки, превалювання в будь-якій сфері непідприємницьких товариств, що займаються підприємницькою діяльністю, означає, що там ще не сформувалося конкурентне середовище. Через це непідприємницькі товариства не складають конкуренції підприємницьким, а займають свою нішу в підприємницькій сфері [11, с. 29]. Розуміючи, що межі підприємництва для різних непідприємницьких структур різні, та сприймаючи цей факт як об'єктивне явище, що для окремих із них, за цілком слушним застереженням І. В. Спасибо-Фатєєвої, взагалі не мислиться в комерційному контексті (наприклад, благодійні, інші суто альтруїстичні організації, а також житлові та інші кооперативи, мета створення яких не передбачає підприємницької діяльності) [12, с.

75], на законодавчому рівні слід деталізувати відповідні критерії (умови) здійснення підприємницької діяльності останніх. І ці критерії повинні бути закріплені на рівні ЦК України, а вже потім деталізовуватись в спеціальних нормативно-правових актах. У літературі звертається увага на доцільності введення додаткових обмежень і вимог у частині здійснення підприємницької діяльності непадприємницькими організаціями [13, с. 226]. На потребі більш детальної регламентації механізму здійснення підприємницької діяльності, правда, непадприємницькими товариствами наголошує й А. В. Зеліско, пропонуючи, зокрема, встановити імперативні норми щодо обов'язкового зазначення в установчих документах непадприємницьких товариств вичерпного переліку можливих видів їх підприємницької діяльності, підвищених вимог до їх статусу, розміру статутного капіталу, особливого порядку звітності за результати діяльності тощо [3, с. 194]. Абсолютно погоджуючись із наведеними вище міркуваннями щодо доцільності введення відповідних обмежень на здійснення непадприємницькими юридичними особами підприємницької діяльності, вважаємо, що зміст базових норм, які слід закріпити в ЦК України, повинен бути чітко відпрацьованим і виваженим. При цьому вважаємо, що не останнє значення в цьому процесі відіграє роль прибуткової діяльності в забезпеченні належної діяльності непадприємницької структури зі статусом юридичної особи. Разом з тим, вважаємо, що на рівні ЦК України не варто конкретизувати особливі обмеження на здійснення підприємницької діяльності тих чи інших непадприємницьких юридичних осіб (це може створити додаткову плутанину у правозастосуванні), а зберегти закладене правило щодо однакових можливостей для здійснення підприємницької діяльності непадприємницькими юридичними особами, проте з вказівкою на те, що така діяльність можлива, якщо інше не заборонене законом. А уже в спеціальних законодавчих актах слід вказувати, які ж обмеження в частині здійснення підприємницької діяльності стосуються того чи іншого виду непадприємницьких структур зі статусом юридичної особи. Ці обмеження можуть виявлятися як у повній забороні підприємницької діяльності чи, скажімо, в наданні можливості непадприємницьким організаціям здійснювати ті види підприємницької діяльності, що визначені в їх установчих документах тощо.

Позитивно сприймаючи тезу щодо необхідності визначення в установчих документах вичерпного переліку можливих видів підприємницької діяльності непадприємницькими юридичними особами, вважаємо, що нормативне врегулювання окреслених питань щодо змісту установчих документів непадприємницьких юридичних осіб повинно зосереджува-

тись саме на рівні ЦК України, як базовому акті, який визначає правовий статус юридичних осіб, в тому числі щодо порядку створення та припинення, та бути розвиненим на рівні спеціального законодавства. З огляду на зазначене, вимога, що міститься у Податковому кодексі України в частині змісту установчих документів, видається не зовсім логічною за розташуванням та повинна бути перенесена в ЦК України і знайти своє місце в тих статтях, якими визначається зміст установчих документів юридичних осіб. Податкове право чи інші галузі права будуть послуговуватися зазначеними нормами, а не моделювати власні положення, що викривляють цивілістичні засади щодо форми та змісту установчих документів, переобтяжуючи їх зайвими публічними елементами.

З приводу ідеї щодо доцільності встановлення законодавчих вимог до мінімального розміру статутного капіталу непідприємницьких юридичних осіб, що здійснюють підприємницьку діяльність, то нами вона сприймається позитивно, але в світлі останніх законодавчих тенденцій щодо нівелювання вимог до мінімального розміру статутного капіталу навіть підприємницьких юридичних осіб (передусім товариств з обмеженою відповідальністю) вбачаємо певну ілюзію у можливості її реалізації. Хоча для окремих, навіть непідприємницьких юридичних осіб, така вимога є однозначно необхідною (яскравим прикладом є, зокрема, Фонд гарантування вкладів фізичних осіб України в умовах теперішньої кризи банківської системи).

Підсумовуючи, слід зазначити, що в умовах сучасного цивільного обороту поділ юридичних осіб на підприємницькі та непідприємницькі повинен здійснюватись за підставою розподілу / нерозподілу прибутку. При цьому такий критерій класифікації повинен застосовуватись до всіх непідприємницьких структур зі статусом юридичної особи, а не тільки до непідприємницьких товариств. Це базовий критерій, який на рівні ЦК України дозволить кристалізувати права засновника (учасника) непідприємницьких юридичних осіб, що побудовані на засадах членства (участі) на прибуток непідприємницької організації, систему взаємовідносин у юридичних особах, що побудовані на унітарних началах. Саме тому подальші законодавчі ініціативи повинні бути скореговані на перехід до критерію, що вказує на специфіку розподілу прибутку юридичної особи.

У частині вдосконалення механізму правового регулювання здійснення підприємницької діяльності непідприємницькими юридичними особами на рівні ЦК України варто зберегти норму щодо рівних прав на здійснення підприємницької діяльності усіма непідприємницькими юридичними особами, проте з вказівкою на те, що така діяльність мож-

Проблеми вдосконалення правового регулювання здійснення підприємницької діяльності невідприємницькими організаціями
лива, якщо законом не передбачено інше. А вже в актах спеціального законодавства, якими деталізовано правове становище тих чи інших невідприємницьких юридичних осіб, чітко визначити обсяг і межі здійснення ними підприємницької діяльності. Здійснення підприємницької діяльності невідприємницькими юридичними особами не порушує принцип спеціальної правоздатності, що їм притаманна. ЦК України слід доповнити нормами, якими б передбачалася деталізація змісту статуту в частині закріплення виключного переліку видів підприємницької діяльності, що буде здійснювати невідприємницька юридична особа. У подальшому законопроектна робота повинна зосереджуватися на закріпленні ролі майнової відокремленості юридичної особи шляхом закріплення відповідних законодавчих вимог щодо мінімального розміру статутного капіталу юридичних осіб, в тому числі невідприємницьких.

1. Sukhanov E. A. *O vydakh sdelok v hermanskom y v rossyiskom hrazhdanskom prave [Tekst] / E. A. Sukhanov // Vestnyk hrazhdanskoho prava. – 2006. – № 2.*
2. Howard L. Oleck *Nature of Nonprofit Organizations in 1979, 10 U. Tol. L. Rev. 962, 972 n. 60, 975 (1979); Howard L. Oleck Mixtures of Profit and Nonprofit Corporation Purposes and Operations, 16 N.KY.L.REV. 225 (1989).*
3. Zelisko A. V. *Kontseptualni polozhennia pravovoi rehlamentatsii statusu nepidpriemnytskykh tovarystv [Tekst] / A. V. Zelisko // Aktualni problemy tsyvilnoho, simeinoho ta mizhnarodnoho pryvatnoho prava (Matvieievski tsyvilistychni chytannia): Materialy Mizhnarodnoi naukovopraktychnoi konferentsii, Kyiv, 10 lystopada 2011 roku. – K.: Alerta, 2012. – S. 192 – 194.*
4. Soifer T. V. *Kontseptsyia nekommercheskykh orhanyzatsyi v rossyiskom hrazhdanskom prave [Tekst]: avtoref. dys. na soyskanye uchenoi stepeny d-ra yuryd. nauk: 12.00.03 / T. V. Soifer. – M., 2013. – 54 s.*
5. Stepanov D. Y. *V poyskakh kryteriya razghranychenyia yurydycheskykh lyts na dva typy y pryntsyf obosoblenyia nekommercheskykh orhanyzatsyi [Tekst] / D. Y. Stepanov // Vestnyk hrazhdanskoho prava. – 2007. – T. 7. – S. 13 – 60.*
6. Bodiak N. E. *Pravovoe polozhenye y systema nekommercheskykh yurydycheskykh lyts v hrazhdanskom prave Respublyky Belarus [Tekst] / N. E. Bodiak // Materialy Mizhnarodnoi naukoopraktychnoi konferentsii «Korporatyvne pravo Ukrainy ta inshykh yevropeiskykh krain: porivnialno-pravova kharakterystyka» (provedenoi Laboratoriieiu z vyvchennia problem korporatyvnoho prava NDI pryvatnoho prava i pidpriemnytstva*

- im. F. H. Burchaka NAPrN Ukrainy spilno z Yurydychnym instytutom Prykarpatskoho natsionalnoho universytetu im. V. Stefanyka 26-27 veresnia 2014 r.). – Ivano-Frankivsk: Prykarpatskyi natsionalnyi universytet imeni Vasylia Stefanyka, 2014.*
7. *Michelle J. Stecker Revolutionizing the Nonprofit Sector through Social Entrepreneurship / Michelle J. Stecker // Journal of Economic Issues. – 2014. – Vol. 48. – Issue 2, pages 349 – 358.*
 8. *Vasyliieva V. A. Korporatsii yak sub'iektu korporatyvnykh vidnosyn [Tekst] / V. A. Vasyliieva // Vdoskonalennia pravovoho rehuliuвання korporatyvnykh vidnosyn v suchasnykh umovakh: Materialy Vseukrainskoho naukovopraktychnoho seminaru (provedenoho Laboratoriieu z vyvchennia problem korporatyvnoho prava NDI pryvatnoho prava i pidpryiemnytstva APrN Ukrainy spilno z Yurydychnym instytutom Prykarpatskoho natsionalnoho universytetu im. V. Stefanyka 25-26 veresnia 2009 roku). – Ivano-Frankivsk: Prykarpatskyi natsionalnyi universytet imeni Vasylia Stefanyka, 2010. – S. 56-62; Vasyliieva V. A. Korporatsii yak sub'iektu korporatyvnykh vidnosyn [Tekst] / V. A. Vasyliieva // Korporatyvne pravo Ukrainy: pidruchnyk / V. V. Luts, V. A. Vasyliieva, O. R. Kibenko, I. V. Spasybo-Fatieieva [ta in.]; za zah. red. V. V. Lutsia. – K.: Yurinkom Inter, 2010. – 384 s.*
 9. *Vasyliieva V. A. Deiaki sudzhennia shchodo stanu vitchyznianoho pravotvorennia i «chystoty» pravovykh instytutiv [Tekst] / V. A. Vasyliieva // Yurfakty plius. – 2014. – № 29 (43). – S. 3*
 10. *Duhlas Rattsen Правовые основы деятельности некоммерческих орhанизаций в Tsentralnoi y Vostochnoi Evrope / Duhlas Rattsen, Dəvyd Mur, Maikl Darem // International Center for Not-for-Profit Law. – 2009. – [Elektronnyi resurs]. – Rezhym dostupu: http://www.icnl.org/research/library/files/Transnational/CEE%20Overview_rus.pdf*
 11. *Spasybo-Fateeva Y. V. Predprynymatelskaia deiatelnost nepredprynymatelskykh obshchestv [Tekst] / Y. V. Spasybo-Fateeva // Metodolohiia doslidzhennia problem tsyvilnoho prava ta protsesu: naukovopraktychnoi konferentsii, prysviachenoї pam'iatі O. A. Pushkina (26 travnia 2012 r.). - Kh.: Kharkivskyi natsionalnyi universytet vnutrishnikh sprav, 2012. – S. 27 – 29.*
 12. *Spasybo-Fatieieva I. Yurydychni osoby za Tsyvilnym kodeksom Ukrainy [Tekst] / Inna Spasybo-Fatieieva // Pravo Ukrainy. – 2014. – № 2. – S. 70 – 79.*
 13. *Korporatyvnoe pravo: uchebnyi kurs: uchebnyk / otv. red. Y. S. Shytkina. – M. : KNORUS, 2011. – 1120 s.*

Зозуляк О. І. Проблеми вдосконалення правового регулювання здійснення підприємницької діяльності непадприсмницькими організаціями зі статусом юридичної особи.

Стаття присвячена теоретико-правовому аналізу питань щодо вдосконалення чинного цивільного законодавства у сфері здійснення непадприсмницькими організаціями підприємницької діяльності. На основі аналізу положень законодавства і цивілістичної доктрини в статті запропоновано ряд пропозицій щодо вдосконалення механізму цивільно-правового врегулювання відносин, пов'язаних зі здійсненням підприємницької діяльності непадприсмницькими юридичними особами, а також запропоновано нові підходи до критерію поділу юридичних осіб на підприємницькі і непадприсмницькі.

Ключові слова: непадприсмницька юридична особа; підприємницька діяльність непадприсмницьких юридичних осіб.

Зозуляк О. И. Проблемы совершенствования правового регулирования осуществления предпринимательской деятельности непредпринимательскими организациями со статусом юридического лица.

Статья посвящена теоретико-правовому анализу вопросов по совершенствованию действующего гражданского законодательства в сфере осуществления непредпринимательскими организациями предпринимательской деятельности. На основе анализа положений законодательства и цивилистической доктрины в статье внесено ряд предложений по совершенствованию механизма гражданско-правового регулирования отношений, связанных с осуществлением предпринимательской деятельности непредпринимательскими юридическими лицами, а также рассмотрены новые подходы к критерию разделения юридических лиц на предпринимательские и непредпринимательские.

Ключевые слова: непредпринимательское юридическое лицо, предпринимательская деятельность непредпринимательских юридических лиц.

Zozuliak O. I. The problems of legal regulation improvement of entrepreneurship done by non-commercial organizations with legal entity status.

This article analyzes theoretical and legal issues of non-commercial organizations entrepreneurship. Analyzing current civil law as well as domestic and foreign doctrine, the author comes to a number of conclusions to improve the mechanism of civil relations regulation connected with entrepreneurship done by non-commercial legal entities.

Reasoned offers concern the improvement of classification criteria for assigning entities to commercial and non-commercial. Classification basis should have non-distribution of profits between members of the legal entity; specification of the conditions of entrepreneurship done by non-commercial organizations with legal entity status, in particular, by securing an exclusive range of entrepreneurship types, establishing legal requirements for minimum capital share of non-commercial organizations engaged in entrepreneurial activities etc. These rules should be included into the Civil Code of Ukraine and detailed in special legislation.

Keywords: non-commercial organizations, the business of non-business entities.

Калаур І.Р.

*кандидат юридичних
наук, доцент, Юридичний
факультет Тернопільського
національного економічного
університету*

Kalaur I.R.

*PhD in Law, Faculty of Law,
Ternopil National Economic
University*

ОКРЕМІ АСПЕКТИ СИСТЕМАТИЗАЦІЇ ДОГОВОРІВ, ЗА ЯКИМИ МАЙНО ПЕРЕДАЄТЬСЯ В КОРИСТУВАННЯ

УДК 347.453.01

Аналіз наукових праць різних історичних періодів кодифікації цивільного законодавства доводить, що сучасна система цивільно-правових договорів – це результат еволюції договірних форм, рушійною силою якої був і залишається інтерес учасників майнового обороту. Вказана система органічно поєднує договірні типи, що мають багатовікову історію свого існування, і нові, поява яких обумовлена сучасними реаліями розвитку приватно-правових відносин. Втім, необхідно зауважити, що за будь-яких наукових підходів до систематизації договорів і обрання критеріїв їхньої диференціації, дослідники завжди виділяли як окремий договірний тип, групу договорів, за якими майно передається в користування.

Метою наукової роботи є розробка оптимальних для уніфікації правового регулювання шляхів систематизації договорів, за якими майно передається в користування і пошук критеріїв їх диференціації на окремі види.

Класифікаційним чинником, який виокремлює вказану групу договорів з поміж інших груп договірних конструкцій і водночас служить для неї системоутворюючим зв'язком, є направленість всіх цих договорів на передання майна в користування.

У ЦК України вказаний тип договорів представлений трьома видами, яким характерна власна видозміна. Зокрема, мова йде про договір найму (оренди), договір найму (оренди) житла і договір позички. Кожний із них, хоч і опосередковує відносини користування чужим майном, однак має свої особливості, які відображені і їх легальних дефініціях. Договір найму і договір позички розрізняються наявністю (відсутністю) зустрічного зобов'язання зі сторони користувача. Щодо договору найму житла,

то він «має багато спільного з договором майнового найму, проте в системі договорів посідає самостійне місце. Це зумовлено тим, що договір найму житлового приміщення спрямований на забезпечення громадян житлом і відповідно має специфічний предмет» [1, с. 519]

Однак ієрархія системи договорів вказаної направленості не завершується на цьому етапі систематизації, адже договір про оплатне строкове користування майном має широке застосування в різних сферах економічних відносин, що, безперечно, обумовлює його різновидність і своєрідність правового режиму.

З погляду ефективності правового регулювання основним є чітке визначення особливостей відповідних договорів і забезпечення їх адекватного регулювання з допомогою спеціальних правил, які виключатимуть можливість застосування кореспондуючих їм загальних положень про договір оренди. У главі 58 (§2-6) ЦК України спеціальне правове регулювання встановлено для договору прокату, найму (оренди) земельної ділянки, найму будівлі або іншої капітальної споруди, найму (оренди) транспортного засобу, лізингу. Водночас законодавець, завбачуючи можливість модифікацій договірних форм найму в процесі розвитку майнових відносин, уніфікував підхід до встановлення особливостей договору найму (оренди), вказавши в загальних положеннях про найм, що особливості укладання й виконання договору найму можуть бути передбачені законом (ч. 2 ст. 759 ЦК України) і, що особливості найму окремих видів майна встановлюються не тільки ЦК України, а й іншими законодавчими актами (ч. 3 ст. 760 ЦК України).

У юридичній літературі здійснено наукову оцінку співіснування цих двох правових приписів, результатом якої став незаперечний висновок про те, що існування двох бланкетних норм потребує в перспективі законодавчого корегування [2, с. 492]. Однак їх одночасна наявність у кодифікованому акті свідчить про законодавче закріплення спеціального правового режиму як для найму окремих видів майна, так і для випадків найму, існування яких спричинене іншими чинниками, що обумовлюють особливості укладання та виконання договору найму. Такий підхід до спеціалізації правових норм про найм вказує на можливість диференціації договору найму за критерієм виду майна, яке передається в користування, та його видозміну за іншими класифікаційними чинниками. Щодо останніх, то вітчизняний законодавець їх не визначив у ЦК України, мабуть, з огляду на постійне розширення сфери застосування договору найму, і залишив вирішення питань пошуку класифікаційних факторів видозміни договору найму та, відповідно, виокремлення його окремих видів за юридичною наукою.

У літературі науково-практичного спрямування і в навчальних підручниках із Цивільного права з цього приводу вказується, що виділення окремих видів договорів найму здійснюється не на основі якогось єдиного кваліфікаційного критерію, а, як правило, виду майна, що надається в користування [3].

Безперечно, договірні конструкції, що отримали спеціальне правове регулювання у гл. 58 ЦК України, є видовими елементами договору найму. Однак запропонований критерій класифікації, з нашого погляду, не дозволяє вирішити основні завдання систематизації, адже система договорів повинна містити чітку відповідь на питання про те, чим обумовлені правові особливості того чи іншого типу (виду) договору й чому він за своєю регламентацією відрізняється від інших договорів. Для вирішення цього завдання система договорів повинна будуватися й, відповідно, аналізуватися на основі тих ознак, що визначають правове регулювання.

Особливості речей, які визначені предметом вищевказаних договірних конструкцій найму, є необхідною умовою встановлення спеціального правового режиму в гл. 58 ЦК України, проте не завжди достатньою. Доказом цього служать застереження самих науковців, які, використовуючи в ролі критерію класифікації вид речей, вказують на необхідність паралельного застосування інших чинників для виокремлення договору прокату, лізингу, оренди.

Характеризуючи договір прокату як різновидність договору найму, дослідники звертають увагу на те, що тільки цей договір з поміж інших видів є договором приєднання і публічним договором [4]. Однак це не єдина наукова позиція щодо причини виокремлення договору прокату як окремого різновиду договору найму. Наприклад, В. І. Дрішлюк вважає, що виділення договору прокату з масиву орендних договорів зумовлене наданням в оренду тільки рухомих речей [5, с. 108]. Автори Науково-практичного коментаря до Цивільного кодексу України, окрім специфіки предмета цього договору, його особливістю визначають статус наймодавця, який здійснює підприємницьку діяльність, до основних видів якої належить діяльність із передання речей у користування [6, с. 258]. Також кваліфікуючою ознакою прокату, окрім вище вказаних, називають мету використання речі [3, с. 213].

Історія становлення договору прокату доводить, що поняття «прокат» використовувалося ще в дореволюційному праві як одне із синонімічних позначень договору майнового найму поряд з іншими поняттями, такими як найм, оренда, оброчне користування, кортомне утримання [7, с. 145]. Цим словом називався, зазвичай, найм рухомого майна, насам-

перед меблів, одержі та ін. У період радянської доби сфера застосування прокату була обмежена можливістю укладання такого договору тільки між соціалістичними організаціями, який мав здебільшого плановий характер (наприклад, прокат сільськогосподарських машин, прокат будівельного та іншого обладнання) [8, с. 98]. Разом із договором прокату в законодавстві того часу існувала схожа за назвою договірна конструкція (договір побутового прокату), яка опосередковувала передання громадянам у тимчасове користування за плату предметів домашнього вжитку, музичних інструментів, спортивного інвентарю, легкових автомобілів та іншого майна (ст. 273 ЦК УРСР). Такою назвою законодавець робив вказівку на мету використання цих речей, а визначення наймодавцями державних, кооперативних та інших громадських організацій відображало своєрідність задоволення особистих потреб населення при соціалістичному устрої майнового обороту.

Конкуренті засади ринкової економіки зумовили необхідність розширення кола потенційних наймодавців за договором прокату. Модельний Цивільний кодекс країни СНД 1993 р. і вслід за ним ЦК України визначили такими суб'єктів підприємницької діяльності, для яких передання рухомих речей у користування є основним способом отримання підприємницького прибутку. Саме участь у договорі наймодавця-професіонала послужила передумовою формування спеціальної правової бази для регулювання прокату, адже участь у договірних відносинах суб'єкта з таким статусом вимагає нівелювання економічної нерівності їх учасників. Вітчизняний законодавець забезпечив баланс правого становища обох учасників договору прокату з допомогою правового інструментарію, зокрема шляхом підпорядкування договору прокату правовому режиму публічного договору та договору приєднання, а також встановлення у §2 глави 58 ЦК України низки правил поведінки, відмінних від загальних положень про найм. З огляду на сказане, ми поділяємо думку російського дослідника Ю. В. Романця про те, що необхідним кваліфікаційним критерієм договору прокату є участь у зобов'язанні наймодавця-професіонала [9]. Однак, чи є такий критерій, водночас, і достатнім? Гіпотетична позитивна відповідь на поставлене запитання, дозволяла би застосовувати спеціальні положення про прокат до регулювання відносин найму будівлі або іншої капітальної споруди за участю наймодавця, який здійснює передання нерухомого майна в користування на професійних засадах. Подібну думку розвинув Ю. В. Романець, вважаючи за доцільне визначити в ЦК РФ договір прокату базовим для уніфікації правового регулювання всіх видів найму за участю наймодавця – суб'єкта підприємницької ді-

яльності, зміст якої складає передання майна в тимчасове користування, та водночас виокремити положення, які відображали би особливості участі наймодавця-професіонала з врахуванням специфіки предмета. Не заперечуючи можливості уніфікації правового регулювання відносин найму за участю наймодавця-професіонала в ЦК України, вважаємо за доцільне уніфіковані норми розмістити в загальних положеннях про найм, оскільки запропонована вище наукова ідея деформує вікову уяву про сутність прокату.

Статус наймодавця як особи, яка здійснює підприємницьку діяльність з передання рухомих речей у найм і видова приналежність договору прокату до договору найму не тільки обумовлюють його місце в системі цивільно-правових договорів, а й дозволяють скоректувати легальну дефініцію цієї договірної конструкції, адже визначені нею умови передання речі в користування (за плату і на певний строк) слідує із вказаних особливостей договору прокату.

Підсумовуючи розгляд питання про кваліфікаційний критерій ринкової системи прокату, що відокремлює його від інших видів найму, зауважимо, що такий чинник повинен відображати водночас родовий фактор – «передання у користування», історичну ознаку – «рухомі речі», і ринкову властивість – «отримання прибутку». У підсумку його можна змодельовувати як «отримання комерційного прибутку від передання рухомих речей у користування».

Вказаний критерій визначає правову природу договору прокату і дозволяє відмежувати його від інших видових конструкцій найму за участі наймодавця-професіонала, особливості яких намагається визначити юридична наука. На сторінках вітчизняних і зарубіжних наукових досліджень продовжують тривати дискусії з приводу правової кваліфікації договору лізингу та його місця в системі поіменованих договорів. Чітке визначення правової природи договору лізингу важливе не тільки для теорії, а й для спрощення інтеграції цього нового способу фінансування англо-американського походження в систему зобов'язань і речових прав континентальної Європи [10, с. 90].

Впродовж двох останніх десятиліть юристами європейських і пострадянських держав розроблено чимало теорій правової природи договору лізингу. В основі розробки кожної із них лежить один із двох концептуальних підходів до визначення особливостей договірних відносин лізингу. Перший – заснований на аналізі лізингу за допомогою традиційних інститутів цивільного права: оренди, купівлі-продажу, позики, доручення. Другий – на складності й оригінальності відносин лізингу, що

дає підставу розглядати їх як особливі відносини, а договір лізингу – як самостійний вид договору [11, с. 39].

На даний час в Україні сформувалося декілька наукових підходів до вирішення питання про місце лізингу в системі договірних зобов'язань. З погляду одних дослідників, договір лізингу є одним із різновидів договору найму (оренди), якому властива низка кваліфікаційних ознак, що обумовлюють його правову природу і дозволяють відмежувати від інших видів договору найму. Інші автори доводять самостійність даного договору в системі цивільно-правових договорів, аргументуючи, що новою якістю, яка дозволяє виділити лізинг як особливий і самостійний вид договору є комплекс відносин, які виникають між продавцем, лізингодавцем та лізингоодержувачем [12, с. 138].

Основна особливість договору лізингу як окремого виду найму виражається в тому, що в користування передається майно, яке лізингодавець спеціально набуває у власність виключно із метою передання його в найм. Отож, у лізингових зобов'язаннях, на відміну від найму (оренди), до основних дій, які має вчинити лізингодавець, долучається придбання у власність майна, що законодавством віднесено до основних фондів.

За критерієм наявності (відсутності) попередньої домовленості про набуття майна між лізингодавцем і лізингоодержувачем у §6 гл. 58 ЦК України законодавець визначив дві видові конструкції договору лізингу – договір прямого і договір непрямого лізингу. Якщо лізингодавець передає в користування лізингоодержувачеві майно, яке він спеціально придбав у власність без попередньої домовленості зі своїм контрагентом, то такі відносини оформляються договором прямого лізингу. У випадку укладання договору непрямого лізингу лізингодавець зобов'язується придбати вказане майно відповідно до встановлених лізингоодержувачем специфікацій та умов у продавця, вибір якого може здійснювати сам лізингоодержувач. Тому в такому виді лізингових відносин, поряд із лізингодавцем і лізингоодержувачем, бере участь ще й продавець (постачальник) через вплетання законодавцем у дані відносини договірних зобов'язань купівлі у продавця предмета лізингу.

Окреслені вихідні умови організації відносин щодо передання майна в користування зумовили потребу максимально збалансувати інтереси всіх їхніх учасників, що і зробив законодавець, спеціально врегульовуючи питання відповідальності за порушення зобов'язання щодо якості, комплектності, справності предмета договору лізингу, його доставки, заміни, безоплатного усунення недоліків, монтажу та запуску в експлуатацію (ст. 808 ЦК України), та вирішуючи при цьому питання ризику

випадкового знищення або випадкового пошкодження даного предмета (ст. 809 ЦК України).

«Союз трьох» у відносинах лізингу спричинив у вітчизняній і зарубіжній юридичній літературі розбіжні погляди на правові конструкції договору, що опосередковують ці відносини. Домінуючою є концепція двостороннього договору лізингу, представники якої переконливо доводять, що купівля-продаж і найм (оренда) в рамках одного правовідношення не можуть трансформуватися в тресторонній правочин, оскільки сторони цих договорів не переслідують спільну мету та не мають жодних прав і обов'язків, які належали би їм одночасно.

У підсумку необхідно сказати, що основною метою, яку переслідують лізингодавець і лізингоодержувач при укладанні будь-якого виду договору лізингу є передання основних фондів у користування лізингоодержувачеві. Саме вона вказує на приналежність цього договору до досліджуваного нами договірної типу, у системі котрого договір лізингу посідає місце окремого виду договору найму (оренди). Критерієм його відмежування від інших видів договору найму (оренди) є «передання у користування, спеціально придбаних для цієї мети основних фондів».

Висновки. З метою уніфікації правого регулювання договірних відносин з передання майна в користування систематизацію відповідних договірних конструкцій доцільно проводити з використанням ступеневої систематизації, яка передбачає їх об'єднання у певні групи – типи, види, підвиди. Досліджувана в роботі група договорів розглядається як окремий договірний тип. Виокремлення його окремих видів на кожному наступному нижчому рівні систематизації відбувається за критерієм, який властивий конкретному виду відповідного етапу зі збереженням видових особливостей вищих рівнів систематизації. У роботі змодельовано класифікаційний критерій для договору прокату (отримання комерційного прибутку від передання рухомих речей у користування) та договору лізингу (передання в користування спеціально придбаних для цієї мети основних фондів).

1. *Tsyvilnyi kodeks Ukrayiny [Civil Code of Ukraine]: Naukovo-praktychnyi komentar - scientific&practical comment/ Za red. Rozrobnykiv proektu Tsyvilnoho kodeksu Ukrayinu- edited by Civil Code authors. – K.: Istyna. – 928 pp.*

2. *Tsyvilnyi kodeks Ukrayiny [Civil Code of Ukraine]: Naukovo-praktychnyi komentar (poyasnennya, tlumachennya, rekomendatsiyi z vykorystannyam pozytsiy vyschykh sudovykh instantsiy, Ministerstva yustytsiyi, naukovtsiv, fakhivtsiv). – scientific&practical comment (explanations, interpretations,*

- recommendations using positions of higher legal bodies, Ministry of Justice, scientists, professionals) – T. 8- V.8: Dohovory pro peredachu maina u vlasnist ta korystuvannya – Contracts on property transferring and using / Za red. prof. I. V. Spasybo-Fatyeyevoi. – edited by prof. I. V. Spasybo-Fatyeyeva – Seriya «Komentari ta analityka». – Series “Comments and Analytics” –Ch.: FO-P Lysyak L. S., 2013. – 672 pp.*
3. *Dohovirne pravo Ukrainy. Osoblyva chastyna [Law on Agreement. Principal Part]: navch. posib. – text-book / T. V. Bodnar, O. V. Dzera, N. S. Kuznyetsova and oth.: za red. O. V. Dzery – edited by Dzera. – K.: Yurinkom Inter, 2009. – 1200 pp.*
4. *Tsyvilne pravo [Civil Law]: pidruchnyk – text-book :u 2 ch. Ch. 2 – in 2 parts. Part 2 / za zah. red. V. A. Kroitora ta Ye. O. Michurina- edited by V. A. Kroitor and Ye. O. Michurin. – Kh. : Kharkiv National University of Internal Affairs, 2013. – 814 pp.*
5. *Drishlyuk V. I. Publichnyi dohovir (tsyvilno-pravovi aspekty) [Tekst] [Public Agreement (civil&legal aspects) [Text]]: dis. kand. yuryd. nauk: spetsialnist 12.00.03 – thesis, specialty 12.00.03 /Volodymyr Ihorovych Drishlyuk. – Odesa. – 2006. – 201 pp.*
6. *Tsyvilnyi kodeks Ukrainy [Civil Code of Ukraine]: Naukovo-praktychnyi komentar – scientific&practical comment: U 2 ch. – in 2 parts/ za zah. red. Ya. M. Shevchenko – edited by Ya. M. Shevchenko. – K.: Kontsern Vydavnychiy Dim «In Yure», 2004. – P. 2. – 896 pp.*
7. *Shershenevych H.F. Uchebnik russkoho hrazhdanskoho prava [Manual on Russian Civil Law]. T. 2. – V.2. – M.: Statut, 2005. – 452 pp. (Klassika rossiyskoi tsivilistiki [Classics of Russian Civil Law]).*
8. *Krasavchikov O.A. Sovetskoye hrazhdanskoye pravo [Soviet Civil Law]. V 2-x tomakh. Tom 2. – in 2 volumes. V.2 – M.: «Vysshaya shkola». – 1968. – 520 pp.*
9. *Romanets Yu. V. Sistema dohovorov v hrazhdanskom peave Rosiyi [Contracts system in Civil Law of Russia] / Yu. V. Romanets . – M., Yurist, 2001.[elektronnyi resurs – e-resource] – rezhyom dostupu – e-address: http://www.pravo.vuzlib.su/book_z996_page_47.html*
10. *Ugolnikova Ye. V. Dogovor finansovoi arendy (lisinga) i yego pravovaya sushchnost [Tekst] [Leasing Agreement and its Legal Core [Text]]: dis. kand. yuryd. nauk: spetsialnist 12.00.03 – thesis, specialty 12.00.03 / Yekaterina Vladimirovna Ugolnikova. – M. – 2005. – 189 pp.*
11. *Kabatova Ye. V. Lising: ponyatiye, pravovoye regulirovaniye, mezhdunarodnaya unifikatsiya [Leasing: conception, legal regulation, international unification] / Ye. V. Kabatova.– M.: Nauka, 1991. – 130 pp.*

12. Trofimova O. V. Pravove reguluvannya lizynhovoyi diyalnosti: [Tekst] [Legal Regulation of Leasing [Text]]: dis. kand. yuryd. nauk: spetsialnist 12.00.03 – thesis, specialty 12.00.03 / Oleksandra Viacheslavivna Trofimova. – Kyiv. – 2005. – 232 pp.

Калаур І. Р. Окремі аспекти систематизації договорів, за якими майно передається в користування.

Наукова робота присвячена дослідженню системи договорів, за якими майно передається в користування, і пошуку критеріїв їх диференціації на окремі види. Основою авторської концепції систематизації даної групи договорів послужила модель ступеневої системи договірних конструкцій, яка передбачає їх об'єднання у певні групи – типи, види, підвиди.

Досліджувана в роботі група договорів розглядається як окремий договірний тип, що формується на першому етапі їх ступеневої систематизації і виокремлюється з поміж інших договірних типів за критерієм направленості цих договорів на передання майна в користування.

У Цивільному кодексі України вказаний тип договорів представлений трьома видами – договором найму (оренди), договором найму (оренди) житла та договором позички. Таке видоутворення є результатом диференціації досліджуваної групи договорів на другому етапі їх систематизації, за критеріями, що властиві тільки окремо взятому виду.

Наступний етап систематизації договорів, за якими майно передається в користування, дозволяє визначити видові конструкції договору найму (оренди) і договору найму (оренди) житла. На підставі аналізу положень Цивільного кодексу України зроблено висновок про можливість диференціації договору найму за критерієм виду майна, що передається в користування, та можливість його видозміни за іншими класифікаційними чинниками, визначення яких є завданням юридичної науки. Однак такі диференційні процеси відбуваються на різних етапах систематизації. На цьому етапі систематизації запропоновано виокремити три види договору найму (оренди): договір прокату, договір лізингу і договір оренди. Їх видозміна в подальшому відбуватиметься за критерієм виду майна, яке передається в користування.

Ключові слова: система цивільно-правових договорів, класифікаційні чинники, договір прокату, договір приєднання, публічний договір, договір лізингу, основні фонди.

Калаур И. Р. Отдельные аспекты систематизации договоров, по которым имущество передается в пользование.

Научная работа посвящена исследованию системы договоров, за которыми имущество передается в пользование, и поиска критериев их дифференциации на отдельные виды. Основой авторской концепции систематизации данной группы договоров послужила модель ступенчатой системы договорных конструкций, которая предусматривает их объединение в определенные группы – типы, виды, подвиды.

Исследуемая в работе группа договоров рассматривается как отдельный договорный тип, который создается на первом этапе их ступенчатой систематизации и выделяется среди других договорных типов по критерию их направленности на передачу имущества в пользование.

В Гражданском кодексе Украины указанный тип договоров представлен тремя видами – договором найма (аренды), договором найма (аренды) жилья и договором ссуды. Такое видообразование является результатом дифференциации исследуемой группы договоров на втором этапе их систематизации, по критериям, что свойственные только этим отдельно взятым видам.

Следующий этап систематизации договоров, за которыми имущество передается в пользование, позволяет определить виды договоров найма (аренды) и договора найма (аренды) жилья. На основании анализа положений Гражданского кодекса Украины сделан вывод о возможности дифференциации договора найма по критерию вида имущества, которое передается в пользование, и возможность его видоизменения за другими классификационными факторами, определение которых является заданием юридической науки. Однако такая дифференциация за этими критериями происходят на разных этапах систематизации. На этом этапе систематизации предложено выделить три вида договора найма (аренды): договор проката, договор лизинга и договор аренды. Их видоизменение в дальнейшем будет происходить по критерию вида имущества, которое передается в пользование.

Ключевые слова: система гражданско-правовых договоров, классификационные факторы, договор проката, договор присоединения, публичный договор, договор лизинга, основные фонды.

Kalaur I. Some aspects of systematization contracts for which property is transferred for use.

The research work is devoted to contracts system investigation according to which the property is transferred as well as to searching of separate types criteria differentiation. The author presents the level system model of contract constructions as a key point of such contracts systematization. This leads to their joining into groups like kinds, types and subtypes.

The work discusses the contracts group as a separate kind of agreement that is formed over the first period of their level systematization. It is separated among other contact types according to transferring criteria.

The Civil Code of Ukraine states that the mentioned type of contracts is presented by three types: lease contracts, residential lease and loan contracts. Such types appear to be a result of the researched group of the contracts over the second period of their systematization, in accordance with the criteria of each type.

The next stage of contracts systematization allows to determine typical contract constructions of both lease and residential lease. The analysis of principal rules of the Civil Code of Ukraine makes it possible to conclude that the contracts may be differentiated accordingly to property criteria. The author also draws a conclusion that it can be changed due to other classification factors which are determined by law.

However, the author considers that the differentiation processes occur at different levels of the systematization. Finally, at this stage of systematization the research proposes to separate three types of transferring contracts: a hiring contract, a lease contract and a rent contract. Their changing will be completed accordingly to the criteria of a transferred property kind.

Key words: civil law contracts system, classification factors, rent contract, accession contract, public contract, leasing contract, fixed assets.

Boric Tomislav

(supervisor), prof. Doctor of Law, Institute of Austrian and International Corporate and Commercial Law, University of Graz, Austria

Kovalyshyn O.R.

PhD, Vasyl Stefanyk Precarpathian National University, Ivano-Frankivsk, Ukraine

Боріч Томіслав

доктор юридичних наук, професор, Інститут австрійського та міжнародного корпоративного та комерційного права, Університет Граца, Австрія

Ковалишин О.Р.

кандидат юридичних наук, викладач кафедри судочинства Юридичного інституту Прикарпатського національного університету імені В. Стефаника

THE LEGAL STATUS OF LIMITED LIABILITY COMPANY IN REPUBLIC OF AUSTRIA

УДК 347.724 / 341.96

The legal status of limited liability company (Gesellschaft mit beschränkter Haftung – GmbH) is regulated by the Law of Republic of Austria “On Companies with limited liability” (Gesetz über Gesellschaften mit beschränkter Haftung), dated 6th March 1906.

In Günter J. Horvath opinion, LLC is the most universal and popular type of business in Austria [1, p.15]. It may do any business activity excluding carrying on insurance business and any activity as political associations. Let’s try to find its most significant peculiarities.

Articles of Association and Nominal capital

There are rather strict demands to LLC’s nominal capital in Austria: 1) its amount - at least 35 000 euro, 2) at the moment of registration the founders must pay 17 500 euro, 3) initial contributions of individual shareholders - at least 70 euro, 4) at least half of the nominal capital shall be fully raised by initial contributions in cash, 5) at least one quarter of every initial contribution, but in any case an amount of 70 euro, shall be paid in cash, 6) to the extent that

less than 70 euro are to be paid on an initial contribution in cash, the cash contributions shall be fully paid in.

Once there were opinions to decrease this sums of money (according to one of draft laws). The draft law said about: 1) decreasing of the minimum required stock capital from 35.000 to 10.000 euros, 2) decreasing of the minimum required corporate tax from 1.750 to 500 euros per year, 3) decreasing of the notary and lawyer costs required for the act of foundation of about 50%, 4) the abolishment of the obligatory public announcement of company foundations in the Wiener Zeitung's official gazette. But that draft law wasn't adopted.

Corporate Bodies

The system of corporate bodies in austrian legislation is the same as in any european country. The executive body is a Management Board (Der Vorstand), the highest body – the Shareholders's Meeting (Der Generalversammlung) and, of course, some revisory (auditorial) body – the Supervisory Board (Der Aufsichtsrat).

The Management Board. As usual, it may be one or several directors, both shareholders and any other persons. What is worth noting that, in urgent cases, the court has the power to appoint the directors (if they are missing) upon the application of an involved party for the time until such lack is remedied. Except in a case of imminent danger, if several directors are appointed, no one of them may undertake any act of management alone if the articles of association do not determine otherwise. If deed provides each director to represent the company himself, an act of management doesn't take place if one of them objects to it, unless the deed determines otherwise.

There is very useful norm about impossibility of engage in uniform business. Without consent of the company, the directors shall neither do business for their own account nor for another's account in the same line of business, nor participate in a company with the same line of business as personally liable partners or hold a position in the management board or supervisory board as director (art. 24).

A director may be removed for important reason by a court decision. The court may, in order to secure the claim for removal for important reason, ban the director from the further management and representation of the company by injunction, if a probable cause for an imminent irreparable disadvantage of the company is shown.

Directors may declare their resignation, notwithstanding the indemnification claims from existing contracts of the company against them; in the event of an important reason therefor, the resignation may be declared with immediate effect, otherwise the resignation shall become effective after 14 days.

The resignation shall be declared to the shareholders' meeting, if it was announced in the agenda, or to all shareholders. The co-directors and, if a supervisory board exists, its chairman shall be informed thereof.

The respective directors and the expiration or a change of their representation power shall be filed with the Companies Register without delay. The filing shall include the evidence of the appointment or of its change in authenticated form. At the same time, new directors shall sign their names before the court or provide a signature in legalized form [2].

It is worth to mention, that if several directors are appointed, the articles of association may also provide for a representation of the company by a director together with a holder of special statutory authority ('Prokurist') who is authorized to co-sign the company's name.

The making of a declaration and the service of process and other deliveries to the company shall be made with legal effect to any person being entitled to sign or co-sign.

Concerning legal transactions which are concluded by the sole shareholder both in its own name and in the name of the company, a written deed shall be drawn up. In that respect, it shall be ensured that subsequent changes to its contents and doubts relating to the time of its conclusion are excluded; the appointment of a curator shall not be necessary.

A deed shall not be required if the transaction is part of the ordinary course of business and is concluded at arm's-length conditions.

The Supervisory Board. It is very often that limited liability company has only several shareholders. Therefore there is no need to have a supervisory board in every case. Nevertheless much attention is paid to its legal status (art. 29-34). We don't mention every of them. Only it is worth to mention the supervisory board is created if: 1) both the nominal capital exceeds 70 000 euro and the number of shareholders exceeds 50, 2) the average number of employers exceeds 300, 3) some other cases.

The supervisory board shall consist of three members. Additional members may be appointed, insofar as this does not conflict with a provision on the number of members in the articles of association.

A legal entity or a partnership (general partnership, limited partnership may not be member of a supervisory board. Furthermore, a person who already is a member of the supervisory boards of ten companies with limited liability or stock corporations shall not be a member. No one may be chairman or deputy chairman who already holds such a position in five companies with limited liability or stock corporations.

The members of the supervisory board shall be elected by shareholders' resolution. If at least three members of the supervisory board are to be elected

МІКХАРПОЉИЊИ ЖУРНАЛ «ПРАВО І СУСПІЛЬСТВО»

by the same shareholders' meeting, one third of the nominal capital represented at the shareholders' meeting may request that such election is held separately for each member to be appointed to the supervisory board. If it turns out prior to the election of the last member to be appointed, that at least one third of all votes cast at all preceding elections were cast in favour of the same person but without success, such person shall be declared to be elected for the last seat without further election. This provision shall not apply to elections of members of the supervisory board as long as the supervisory board has a member which has been elected in the above described manner by the minority.

No member of the supervisory board may be elected for a period extending beyond the shareholders' resolution which resolves on the discharge from liability for the fourth business year after the election; the business year in which the member of the supervisory board was elected shall not be counted for such purpose.

The appointment as a member of the supervisory board may be revoked by shareholders' resolution prior to the end of the term of office. The resolution shall require a majority of at least three quarters of the votes cast. The articles of association may replace this majority by another and may specify further requirements.

The appointment of the first supervisory board upon the establishment of the company shall be valid until the adoption of the shareholders' resolution concerning the discharge from liability which is adopted one year after of the registration of the company in the Companies Register. It may be revoked priorily by a shareholders' resolution with a simple majority of the votes [3, p.23].

The court has power 1) to appoint and remove members of supervisory board if more than three months, the supervisory board consists of fewer members than are necessary for a quorum; 2) to remove a member of the supervisory board upon the request of a minority whose shares together equal one tenth of the nominal capital, if an important reason for doing so exists.

General meeting. As in any other legislation there are topics that may be subject exclusively of a general meeting.

The following shall be subject to a resolution of the shareholders:

1) the audit and the adoption of the annual financial statements, the distribution of the balance sheet profits, if die latter is subject to a special resolution from year to year pursuant to the articles of association, and the discharge of the directors and the supervisory board, if any, from their liabilities; these resolutions shall be adopted for the previous business year within the first eight months of each business year;

- 2) the call of payments on the initial contributions;
- 3) the repayment of additional contributions;
- 4) the decision whether special statutory authority («Prokura») or a general power of attorney for the entire business may be granted;
- 5) the rules for the examination and the supervision of the management;
- 6) the enforcement of indemnification claims which the company is entitled to arising from the establishment or the management against the directors, their deputies or the supervisory board, as well as the appointment of a representative for the conduct of legal proceedings if the company may neither be represented by the directors nor by the supervisory board;
- 7) the conclusion of contracts by which the company shall acquire equipment or intangible assets, existing or to be produced, dedicated for the permanent use in its business for a consideration exceeding an amount of one fifth of the nominal capital, as well as the modification of such contracts at the expense of the company, unless it concerns the acquisition of real estate by way of a compulsory public auction. Such a resolution may only be adopted by a majority of three quarters of the votes cast [4, p.421].

The items which are subject to the resolution of the shareholders may be increased or reduced in the articles of association. However, the items described in above mentioned paragraphs 1, 3 and 6, shall always be subject to a resolution of the shareholders; the item described in paragraph 7 shall in any case be subject to a shareholders' resolution within the first two years after the registration of the company.

It is interesting to mention that there are prescribed grounds for declaring of shareholder's resolution void. For example, by court action, such resolution may be requested to be declared void: 1) if the resolution pursuant to this Act or to the articles of association is to be considered as not having been adopted; 2) if the resolution's content violates mandatory provisions of the law, or if it is inconsistent with the articles of association and the provisions on the amendment of the articles of association have not been complied with in connection with the adoption of the resolution.

Transfer and inheritance of a share

Austrian legislation establishes rather strict demands to a transfer of a share. In any case the transfer contract must have notarial deed (except cases when transfer needs company's approving).

According to the dispositive regulative method founders may decide in the articles of association that the transfer of a share needs an approval of General meeting. But this doesn't mean that shareholder hasn't possibility to sell a share without such approval. The shareholder may appeal to the court for

approving of the transaction. A court decision about approval is possible only after fulfilling of definite conditions. They are next: 1) there are no sufficient reasons for the refusal of the approval; 2) transfer may be effected without damages to the company, other shareholders and creditors; 3) court hears the directors prior to making its decision. But the transaction is not still valid even after the court approval. The company may inform the respective shareholder by registered letter within one month after court's decision became final that it approves the transfer of the respective share under equal conditions to another acquirer, named by it. If the company doesn't do this the court approval works.

It is interesting to know that the division of a share is permissible when the articles of association allow the partial transfer of a share. It doesn't concern the inheritance of a share. But even for this case the company's approval may be also reserved for a division of the shares of deceased shareholder among his heirs.

There is a limitation for a company to buy its own share. According to the article 81 acquisition and pledging of own shares by company is prohibited and ineffective. An acquisition is permissible by way of enforcement proceedings in order to collect the company's own claims.

Defense of minority rights

The title "Minority rights" prescribes mainly about an audit and a derivative (indirect) action.

The derivative (indirect) action is a lawsuit brought by a shareholder on behalf of a corporation against a third party. Often, the third party is an insider of the corporation, such as an executive officer or director. Shareholder derivative actions are unique because under traditional corporate law, management is responsible for bringing and defending the corporation against suit. Shareholder derivative actions permit a shareholder to initiate an action when management has failed to do so.

In most jurisdictions, a shareholder must satisfy various requirements to prove that he has a valid standing before being allowed to proceed. Certainly, some specific requirements are in Austrian legislation.

The significant features of indirect action

1. The right of indirect action have shareholder, whose initial contributions amount to one tenth of the nominal capital or a nominal amount of 700 000 euro (if the smaller amount is not specified in the articles of association),
2. As long as there legal proceedings are pending, the claimant shall not sell their shares without the approval of the company,
3. The claimant shall provide security at the free discretion of the court,

4. If it becomes clear that the claimant acted with unfair intent or gross negligence, the claimant shall be liable to indemnify the defendant.

There is mentioned a statute of limitation. The action shall be filed within one year of the date that the resolution was adopted or prevented. Such legal provision is good for business activity. It prevents from some unfair plaintiff after several years past. But there is its another side. In case when shareholder doesn't know about resolution that makes a damage to his rights, it is more difficult for him to initiate proceedings from the moment when he already know about violation of his rights.

Expulsion of a shareholder

A shareholder has not only rights. But he also has duties and obligations. The shareholder may be expelled from the company in case when 1) the shareholder fails to pay payments on the initial contribution in time or 2) he doesn't perform his duties. As usual in corporate legislations of many countries is stated that General meeting has the authority to exclude a participant. But the procedure of the expulsion is another in Austrian legislation.

Before expulsion the management board should warn the defaulting shareholder by registered letter about the intention to exclude him from the company. At first, a grace period for the payment or performing his duties is given. This grace period shall last at least one month, calculated from the receipt of the call. The exemption of individual defaulting shareholders is not permissible.

In case when grace period lapses to no effect, the shareholder shall be declared expelled. The directors of the company have the authority to make such declaration. The shareholder shall be only informed about this event by registered letter. It is necessary to write that the declaration of expulsion entails the loss of all rights deriving from the share (including all payments contributed by shareholder).

Shareholder's Responsibility

It should be noted about something not usual for the corporate legislation of East European countries – about the specific measures of shareholder's responsibility. In eastern European states there is always a typical phrase "Responsibility of shareholder's is prescribed according to the norms of national legislation" or something like that. Such construction of the legal norm directs us to another laws and codes, for example, Civil Code, Criminal Code etc. (depending of kind of responsibility – civil responsibility, criminal responsibility, administrative responsibility).

The construction of Austrian Law "About LLC" is another. There are prescribed specific legal norms of Criminal Law in its last part (Part VIII "Penal provisions, Final Provisions"). According to the article 122 a person who as

a director, member of the supervisory board, agent or liquidator 1) in reports, descriptions and overviews concerning the company or affiliated companies, which are directed to the public or to the shareholders, in particular the annual financial statements (group statements) and the annual report (group report), 2) in a public invitation to participate in the company, 3) in speeches or information in the shareholders' meeting, 4) in information which is to be given to the auditor or other examiners pursuant to art. 272 of the Commercial Code, 5) in reports, descriptions and overviews for the supervisory board or its chairman, – misstates, conceals or fails to disclose the situation of the company or of affiliated companies of material circumstances, even though they only relate to individual business cases, shall be punished with imprisonment of up to one year or with a fine of up to the statutory defined rate for 360 days.

Besides above mentioned there is criminal procedural legal norm: “The court of first instance shall be competent for the criminal proceedings”.

Is it a subject to implement in Ukrainian Law? In our opinion, it shouldn't, because it causes to a dispersion of similar legal norms. As a result, in practice, Criminal Code is not a code, due to the fact that some criminal legal norms are in another kinds of Law (in our case – in Austrian Corporate Law).

Conclusion:

Austrian legislation about LLC is rather strict. Such conclusion is because: 1) nominal capital for foundation of a company is 35 000 euro (while global trend is minimization of minimal nominal capital); 2) statute of limitation for indirect action is only 1 year and is counted from the date of resolution adopting; 3) notarial form of transfer deed; 4) demand of shareholders approval of share's transfer (depending on the articles of association); 5) demand of shareholders approval of share's division (depending on the articles of association).

It is worth to mention that there is a rather big role of a court. It has power: 1) in urgent cases, to appoint the directors in case of their missing (art. 15a); 2) to remove the director (art. 16); 3) to approve the share's transaction if sufficient reasons for the refusal of the approval by shareholders do not exist (art. 77); 4) to appoint and remove members in determined cases; 5) to appoint auditors in determined cases.

In spite of this circumstances austrian company legislation is attractive for foreign investors because of its stability and high level of obeying the laws.

1. Kurt Heller, Heinz H. Löber, Georg Bahn, Günter J. Horvath. *Austrian Business Law: Legal, Accounting and Tax Aspects of Business in Austria.* – Wien, 2004. – 1052 p.
2. *Gesetz uber Gesellschaften mit beschränkter Haftung. vom 6. März 1906.* – <https://www.ris.bka.gv.at/>

3. *Claus Schneider, Christian Temmel. Das österreichische GmbH-Gesetz: Deutsch/Englisch. – LexisNexis, Wien, 2004. – 72 p.*

4. *Arthur Weiling. Unternehmensrecht. – LexisNexis, Wien, 2014 – 1225 p.*

Боріч Томіслав, Ковалишин Олександр. Правовий статус товариства з обмеженою відповідальністю в Австрійській Республіці.

У статті проаналізовано правовий статус товариства з обмеженою відповідальністю відповідно до законодавства Австрійської Республіки. Розкрито повноваження органів управління товариством: ради директорів, наглядової ради, загальних зборів товариства. Особливу увагу приділено похідному (непрямому) позову міноритарних учасників та повноваженням суду в корпоративних конфліктах.

Ключові слова: товариство з обмеженою відповідальністю, учасник, непрямий позов.

Борич Томислав, Ковалишин Александр. Правовой статус общества с ограниченной ответственностью в Австрийской Республике.

В статье проанализировано правовой статус общества с ограниченной ответственностью в соответствии с законодательством Австрийской Республики. Раскрыты полномочия органов управления обществом: совета директоров, наблюдательного совета, общего собрания общества. Особое внимание уделено косвенному иску мноритарных участников и полномочиям суда в корпоративных конфликтах.

Ключевые слова: общество с ограниченной ответственностью, участник, непрямой иск.

Boric Tomislav, Kovalyshyn Oleksandr. The Legal Status of Limited Liability Company in Republic of Austria.

Company Law of Austria makes a distinction between partnerships and corporations. The latter are mainly characterized by their status as legal entity which also entails the limited liability of their members for company debts. The limited liability company is the most common type of corporation in Austria.

In the article GmbH's legal status is presented according to Austrian legislation. Short characteristic of management (executive body), supervisory board (supervisory body) and general meeting (supreme body) is described. Special attention is given to derivative action of minority shareholders and to the authorities of the court in corporate relations.

The author also draws a conclusion that Austrian legislation (concerning LLC), is rather strict because of: 1) nominal capital for foundation of a company is 35 000 euro (while global trend is minimization of minimal nominal capital); 2) statute of limitation for indirect action is only 1 year and is counted from the date of resolution adopting; 3) notarial form of transfer deed; 4) demand of shareholders approval of share's transfer (depending on the articles of association); 5) demand of shareholders approval of share's division (depending on the articles of association).

Key words: limited liability company, shareholder (participant), derivative action.

Кожевникова В. О.

*доцент кафедри охорони
інтелектуальної власності,
цивільно-правових дисциплін
Харківського національного
університету внутрішніх
справ*

Kozhevnikova V.O.

*Associate Professor of the
Department of protection of
intellectual property, civil law
disciplines, Kharkiv National
University of Internal Affairs*

ДОКТРИНАЛЬНІ ПІДХОДИ ДО ПРАВОВОЇ КАТЕГОРІЇ ОБМЕЖЕНЬ ПРАВ УЧАСНИКІВ СІМЕЙНИХ ПРАВОВІДНОСИН

УДК 347.61/.64

Постановка проблеми. Суттєві зміни, що останнім часом відбулися в чинному цивільному та сімейному законодавстві, зумовили виникнення нових підходів до правового регулювання обмеження прав учасників сімейних правовідносин. Тому існує потреба в переосмисленні вже існуючих підходів до правової категорії «обмеження прав» з точки зору сімейного права. Сучасне суспільство стає все більш складним. Воно заплутує громадян мережею заборон і обов'язків, так чи інакше обмежуючи реалізацію цивільних прав у повному обсязі. Ці обмеження зумовлені необхідністю забезпечення життєво-важливих інтересів окремо взятої особистості та суспільства в цілому. Оскільки ще в минулому столітті однією з пріоритетних цілей держави було впровадження диктатури до панівного у суспільстві класу, який не був обмежений ніякими законами та спирався безпосередньо на примус, то за сучасних умов примус і насильство по відношенню до учасників сімейних правовідносин є протизаконним, неприпустимим у правовій, демократичній державі та суворо карається.

Огляд останніх досліджень і публікацій. Вагомий внесок у розроблення доктрини «правової категорії обмежень» зробили Є. О. Мічурін, В. В. Луць, Р. Б. Шишка, О. А. Підпригора, Я. М. Шевченко, О. О. Михайленко, В. П. Камишанський, А. В. Малько, Є. В. Єгорова, С. Г. Страхова, А. Н. Лужина, Т. А. Мечетіна, Є. О. Суханова та інші. Предметом наукових досліджень вчених стали такі питання як поняття, види, правовий механізм обмежень прав фізичних (юридичних) осіб у цивільному праві. Однак дослідження питання про обмеження прав суб'єктів (учасників сімейних правовідносин) у сімейному праві майже не проводилися.

Мета статті – знайти співвідношення в доктрині приватного права, філософії права, теорії права щодо обмежень прав, виявити характерні ознаки, які притаманні галузі сімейного права.

Завданням є визначити порядок встановлення обмежень прав учасників сімейних правовідносин, розробити правовий механізм порядку встановлення обмежень прав, розмежувати поняття «межі», «обмеження», «заборони» для правильного правозастосування. На підставі вже існуючих підходів до правової категорії обмежень прав сформулювати авторське визначення поняття обмеження з точки зору сімейного права України.

Основний матеріал. Для того, щоб зрозуміти сутність правової категорії обмежень прав учасників сімейних правовідносин необхідним є з'ясування доктринальних підходів, що існують у науці з цього питання. Таке дослідження дозволить наблизитися до розуміння керівних ідей щодо обмежень особистих немайнових і майнових прав учасників сімейних правовідносин, з'ясувати уявлення про обмеження у правовій науці в різноманітті наукових поглядів на них, визначити вихідні моменти для розвитку ідеї обмежень особистих немайнових і майнових прав учасників правовідносин у галузі сімейного права [1, с. 9] та розмежувати їх з подібними чи близькими за змістом і спрямуванням інститутами сімейного права.

Науковий підхід до правової категорії обмежень прав осіб (учасників) наразі об'єднує керівні ідеї, що започатковані в доктрині різних галузей права. Такі підходи мають змістовно досліджуватися й аналізуватися з метою відтворення основних засад, вчень, поглядів, які будуть використовуватися для фундаментального дослідження обмежень особистих немайнових і майнових прав учасників сімейних правовідносин.

Наразі в правовій доктрині наявна велика кількість наукових праць, що створюють уявлення про правову категорію «обмеження» в праві взагалі.

Обмеження прав осіб (учасників сімейних правовідносин) – один із найважливіших інститутів. Так, інститут обмеження прав характерний не лише цивілістичній науці. Дослідження в цьому напрямі здійснювалися середньовічними юристами, філософами, не припинялися вони в дореволюційні часи. Зазначений інститут широко використовується у філософії права, теорії держави та права, трудовому, господарському, підприємницькому, адміністративному, кримінальному, кримінально-процесуальному праві та в інших галузях.

Тому вважаємо за необхідне відстежити гносеологію категорії обмежень прав осіб (учасників) крізь призму вчень (доктрин) різних га-

лузей права зокрема та науки в цілому. Необхідно приділити увагу дослідженню філософсько-правового підходу до категорії обмежень прав осіб, теоретико-правового підходу до категорії обмежень прав осіб, приватно-правового підходу до правової категорії обмежень прав фізичних осіб (з урахуванням вчень стародавніх римських юристів і на підставі розроблених і досліджених доктрин), сформулювати власне (авторське) уявлення про правову природу правової категорії обмежень прав учасників сімейних правовідносин.

Таке різнобічне дослідження категорії обмежень слугуватиме правильному уявленню (розумінню) категорії обмежень особистих немайнових і майнових прав у сімейному праві України та позбавить нас від необгрунтованого правозастосування (застосування до осіб).

Важливу роль у формуванні інституту обмежень прав у науці відіграло й філософське вчення (щодо підходів до обмеження прав і розробки категоріального апарату обмежень у доктрині права). Не одне покоління відомих філософів присвятило свої праці філософсько-правовому підходу до категорії обмежень. Низку філософських напрацювань у напрямі формування правової категорії обмежень було запозичено й використовується правотворцями сучасності.

Обмеження як філософське поняття, на думку Б. Спінози, являє собою «кордон, межу, рубіж утримання у відомих кордонах, правило, обмежуюче будь-які правила дії, утиск певними умовами, лімітування сфери діяльності, звуження можливостей, те, що утискає, ставлячи будь-кого, що-небудь у будь-які рамки і т. ін.» [2, с. 568]. З авторського визначення філософа випливає, що обмеження прав це і є, по суті, тими межами, у рамках яких учасник сімейних правовідносин має здійснювати свої права, тобто автор визначає однорідність цих понять.

Філософ Даль також тлумачить обмеження як межу, рубіж, обтяжування, утиснення, звуження можливостей, правило, що обмежує будь-які дії права [3, с. 244]. Водночас право, що не містить обмежень, буде позбавлене функціонування взагалі. Право дозволяє суспільствам належно співіснувати між собою та закономірно організовує свободу осіб і утримує її в межах права [4, с. 23]. Тому концептуально означені підходи до правової категорії обмежень прав з точки зору філософії права дали змогу виявити неоднакові аспекти їх розуміння категорії обмеження філософами. Багаточисельність цих підходів дозволила дійти висновку, що філософський підхід не розмежовує за змістом поняття межі, обмеження, рамки, кордони (границі), заборони. Більшість вчених-філософів ототожнюють ці поняття.

Теоретико-правовий підхід до правової категорії обмежень прав дозволив проаналізувати правові обмеження в різних галузях права. Ряд узагальнень дозволив А. В. Малько сформулювати поняття правового обмеження в широкому розумінні: «Правове обмеження – є правове утримання, протизаконне діяння, що створює умови для задоволення інтересів контрsubj'єктів та суспільних інтересів в охороні та захисті; це встановлено в праві межі (границі), в межах яких суб'єкти мають діяти; це виключення певних можливостей в діяльності осіб» [5, с. 59]. Таке визначення хоча і вносить певну ясність стосовно змісту правового обмеження, з яким варто погодитися (що це межа суб'єктивного права), проте обмеження мають забезпечувати права та законні інтереси і суспільства і окремо взятого учасника правовідносин.

Обмежуючи певні суб'єктивні права, безумовно, слід розуміти насамперед головну мету цих явищ – забезпечення балансу інтересів уповноваженої особи та протидіючих їй суб'єктів. Однак, як нам здається, ці інтереси мають бути закріплені в суб'єктивних правах конкретного суб'єкта права (учасника сімейних правовідносин). Професор Л. І. Петражицький достатньо категорично зазначив: «Сучасне наразі базування теорії права на понятті чи уявленні про «інтереси» не лише надає цинічного та низького напрямку правознавству, однак і тягне за собою велику кількість помилок. Слід завжди пам'ятати, що право і мораль регулює не «інтереси», а «поведінку» [6, с. 335]. Тому обмеження, що застосовуються сімейним законодавством, мають спрямовуватися на правомірні дії (поведінку) учасників сімейних правовідносин.

Отже, теоретико-правовий підхід до правової категорії обмежень прав у контексті сімейного права дав змогу визначити загальні риси обмежень у теорії права, а саме те, що обмеження встановлюються виключно державою, виходячи з об'єкта й предмета правового регулювання. Проте уявлення про обмеження в праві, сформульоване саме в теорії права, у цілому є універсальним і стосується так чи інакше всіх галузей права.

Представником приватно-правового підходу до правової категорії обмежень прав є В. П. Камишанський [7, с. 46]. Автор присвятив свою роботу проблематиці обмежень в інституті права власності, у результаті чого дійшов висновку, що обмеження є тим інструментом, який в сучасному суспільстві здатний визначити межі права власності. Така позиція автора схвалена багатьма сучасними науковцями та знайшла своє відображення і в українській доктрині. Так, Е. О. Мічурін на монографічному рівні досліджував загально-теоретичні підходи щодо здійснення й обмеження майнових прав [8, с. 69] та дійшов висновків, що обмеження,

у свою чергу, є характерними для встановлення окремих прав обмеженої кількості фізичних осіб відповідно до особливостей, умов і порядку їх здійснення. Так, з урахуванням дії обмежених майнових прав фізичних осіб, що являють собою засновану на правових приписах систему правових засобів (наказів, дозволів, заборон), установлених в нормах актів цивільного законодавства, та окремих індивідуальних постанов, виражених через акти встановлення права, спрямовані на ускладнення здійснення суб'єктивних прав осіб з урахуванням прав інших уповноважених осіб і суспільних інтересів [8, с. 170]. Отже, обмеження здатні впливати на поведінку учасників правовідносин і визначати її межі.

А. Н. Лужина [9, с. 37] досліджувала обмеження й обтяження права на нерухоме майно як самостійні правові категорії, їх значення та види обмежень. Виходячи з чинного цивільного законодавства, автор встановив, що обтяження й обмеження є самостійними категоріями цивільного права, кожна з яких володіє специфічним предметом регулювання і спеціальними нормами, що визначають правову основу цих явищ.

О. О. Михайленко [10, с. 7] на доктринальному рівні дослідила проблему речово-правових обмежень права приватної власності за Стародавнім римським і сучасним цивільним правом України. У результаті чого було сформульовано поняття обмеження права приватної власності як правового механізму, що ускладнює здійснення окремих власницьких правомочностей або спричиняє тимчасову неможливість їх реалізації.

Отже, дослідження доктринальних підходів до правової категорії обмежень прав із точки зору приватного (цивільного) права є досить корисним, оскільки таке дослідження дозволяє визначити ряд аспектів обмежень прав учасників. Разом з тим варто зазначити: якщо обмеженням майнових прав (цивільних, житлових, господарських та ін.) учасників правовідносин приділялася увага, то обмеження особистих немайнових прав залишаються недостатньо розробленими в доктрині права. До того ж, варто зазначити, що при встановленні обмежень прав учасників держава має виходити з принципу законності, обґрунтованості, розумності.

Обмеження в сімейному праві України являють собою заборони, обов'язки, а також деякі дозволи, що застосовуються до учасників сімейних правовідносин.

Обмеження прав учасників поділяються на майнові обмеження прав та особисті немайнові обмеження прав. Виходячи з вищезазначеного поділу, і має здійснюватися систематизація обмежень прав учасників сімейних правовідносин.

Майнові обмеження прав учасників сімейних правовідносин найчастіше виникають у разі аліментних зобов'язань. Наприклад, чоловік

і дружина повинні матеріально підтримувати одне одного. Право на утримання (аліменти) має той із подружжя, який є непрацездатним та потребує матеріальної допомоги, за умови, що другий із подружжя може надавати таку матеріальну допомогу. Виняток із загального правила стосується лише тих осіб, які стали непрацездатними у зв'язку з вчиненням неправомірних (злочинних) дій (ст. 75 СК України). Існує зобов'язання утримувати повнолітню дочку, сина, які потребують матеріальної допомоги або продовжують навчання (і у зв'язку з цим потребують матеріальної допомоги) за умови, якщо вони таку допомогу можуть надати (ст. 198–199 СК України).

Разом з тим обов'язок по утриманню (сплаті аліментних платежів) виникає у кровних родичів другого, третього ступеня спорідненості: баба, дід зобов'язані утримувати своїх малолітніх (неповнолітніх) онуків за умови, що здатні надавати їм таку матеріальну допомогу (ст. 265 СК України).

Фактичні вихователі (вітчим, мачуха) та їх вихованці (падчерка, пасинок) також мають майнові зобов'язання у відношенні один до одного та в разі потреби мають сплачувати аліменти на користь одне одного, якщо платник має можливість сплачувати грошові кошти (ст. 269, 270, 271 СК України).

Деякі вчені ототожнюють категорію «обмеження» і категорію «обов'язок». Як справедливо зазначає Є. О. Мічурін, обов'язок може відображати дію окремих обмежень, зумовити існування окремих майнових прав фізичних осіб, яке проявляється в покладанні на особу, стосовно якої діє обмеження, обов'язку вчиняти певну дію, передбачену законом [8, с. 108]. Вищезазначений аналіз положень чинного сімейного законодавства України (зокрема інституту аліментних зобов'язань) і сучасні доктринальні підходи дають підстави стверджувати, що існує низка обмежень майнових прав учасників сімейних правовідносин, що виражаються через обов'язки сплати аліментних платежів на користь іншої особи.

Поряд з обмеженнями, які були проаналізовані в інституті аліментних зобов'язань, варто виявити і зазначити обмеження особистих немайнових прав, що містяться в правовому інституті шлюбу (сім'ї), інституті батьківства та материнства, інституті права спільної сумісної власності.

Так, з досягненням шлюбного віку особа має право на сім'ю. Разом з тим, у випадках та порядку, встановленому законом, особа може бути примусово ізольована від сім'ї (ч. 3 ст. 4 СК України). Тобто, особа може бути обмежена у праві спільного проживання, господарювання з сім'єю, у випадку вчинення протиправного (караного) діяння стосовно члена

(членів) своєї сім'ї чи іншої особи. СК України встановлює обмеження (у вигляді заборони) щодо невизнання релігійного шлюбу (укладеного шляхом релігійного обряду), одностатевого шлюбу (визначаючи, що шлюбом є союз чоловіка та жінки, зареєстрований ОДРАЦС) – ст. 21 СК України. Обмеження (заборона) укладати наступний шлюб, перш ніж не було припинено попередній (ст. 25 СК України). Установлено обмеження прав осіб, які є кровними родичами (членами сім'ї) між собою, на укладення шлюбу. Так, не можуть перебувати в зареєстрованому шлюбі між собою родичі прямої, бокової лінії споріднення, усиновлювач і усиновлена ним дитина (ст. 26 СК України) або особи, що за станом фізичного, психічного здоров'я визнані судом недієздатними (ч. 3 ст. 39 СК України). Існує обмеження (заборона) укладення шлюбу через представника, оскільки присутність обох наречених є обов'язковою (ст. 34 СК України). Також діє обмеження (заборона) щодо складання більше двох прізвищ нареченого й нареченої, якщо інше не впливає зі звичаю національної меншини, до якої належать наречений і наречена (ст. 35 СК України).

Дослідивши й встановивши обмеження, що мають місце у правових інститутах сімейного права, варто зазначити, що в сімейному праві обмеження встановлюються виключно актами чинного законодавства (Конституцією України, СК України й іншими законами). Обмеження прав учасників сімейних правовідносин встановлюються у вигляді заборон, обов'язків, що покладаються на особу й можуть існувати у вигляді правообмежувальних (правозастосовних) санкцій. Проаналізувавши обмеження прав за сімейним законодавством України, варто зазначити, що обмеження прав більшою мірою застосовуються до немайнових прав учасників сімейних правовідносин, тобто, як в цивільному законодавстві правила обмеження застосовуються щодо майнових прав фізичних осіб. Тому правова природа обмежень прав учасників сімейних правовідносин має низку особливостей і відмінностей.

Висновки. Здійснення особистих немайнових і майнових прав учасників сімейних правовідносин неможливе без установлення обмежень. У протилежному випадку право перетворюється на свавілля і вседозволеність, що не мають місця в правовій демократичній державі.

Концептуально означені підходи до правової категорії обмежень прав із точки зору філософії права, теорії права тощо дали змогу виявити неоднакові аспекти розуміння науковцями. Багаточисельність цих підходів дозволила дійти висновку, що на сьогодні в доктрині права відсутнє розмежування поняття межі, обмеження, заборони. Більшість дослідників ототожнюють ці поняття, ставлячи при цьому знак рівняння між ними

та не враховуючи різне за своєю правовою природою значення вказаних понять.

Отже, обмеження прав учасників сімейних правовідносин встановлюються виключно державою та знаходять своє відображення в актах сімейного законодавства. У сімейному праві України під обмеженням прав необхідно розуміти встановлені державою заборони, обов'язки, а також деякі дозволи, що застосовуються до учасників сімейних правовідносин.

1. Michurin Ye. O. *The limitations of the property rights of natural persons (general provisions)* / Ye. O. Michurin. – Monography. – Kh.: Yursvit, 2007. – 220 p.
2. Spinoza B. *Selected works. V.2* / B. Spinoza. – M., 1957. – P. 568.
3. Dal V. *The glossary of the Great Russian language: V.2: I-O*. – 1989. – P. 244.
4. Iskakov V.B. *The materials of "The round work table": The principles, the limits, the grounds of the limitations of the rights and liberties according to the Russian legislation and the international law // The state and the law*. – 1998. – №7. – P. 23.
5. Malko A.V. *Incentives and limitations in the law. Theoretical and informational aspect*. Saratov. Publishing house SGU, 1994. – p.59, 63.
6. Petrazhitskiy L.I. *The theory of the law and the state in connection with the study of morality. Edition 2, corrected and augmented. Volume 2* – SPb., 1910. – 335 p.
7. Kamyshanskiy V. P. *The right of property for the landed estate: the issues of limitations*. – 3 papers. APP "Dzhangar", 1999. – P. 46.
8. Michurin Ye. A. *The execution and the limitation of the property rights: Monography*. – M.: Publishing House «Jurist», 2011. – 340 p.
9. Luzhina A.N. *The limitation and the encumbrance of the rights on the real estate in Russia and France. Dissertation for the scientific degree of Candidate of Law Sciences. 12.00.03. Moscow, 2006*. – с. 37.
10. Michaylemko O.O. *Proprietary legal limitations of the right for private property according to the Ancient Rome and current civil law of Ukraine. Dissertation for the scientific degree of Candidate of Law Sciences. 12.00.03. Zaporizhzhia, 2003*.

Кожевникова В. О. Доктринальні підходи до правової категорії обмежень прав учасників сімейних правовідносин.

У статті досліджено проблематику розвитку й формування правової категорії обмежень прав учасників сімейних правовідносин через призму вчень деяких галузей права зокрема та науки в цілому. На основі філософсько-правових, теоретико-правових, приватноправових підходів до правової категорії

обмежень прав визначено поняття й ознаки категорії обмежень прав учасників сімейних правовідносин.

Ключові слова: обмеження прав, доктринальний підхід, правова категорія, заборона, обов'язок, дозвіл, межа.

Кожевникова В. А. Доктринальные подходы к правовой категории ограниченной прав участников семейных правоотношений.

В статье исследована проблематика развития и формирования правовой категории ограниченной прав участников семейных правоотношений через призму учений (доктрин) некоторых отраслей права вообще и науки в целом. На основе философско-правовых, теоретико-правовых, частноправовых подходов к правовой категории ограниченной прав определено понятие и особенности категории ограниченной прав участников семейных правоотношений.

Ключевые слова. Ограничение прав, доктринальный подход, правовая категория, запрет, обязанность, разрешение, грань.

Kozhevnikova V.O. Doctrinal approaches to the legal category of the limitation of rights of the participants of family legal relationship.

The article is devoted to the subject matter of the development, generation of the legal category of limitations of the rights of participants of family legal relationship beyond measure of studies (doctrines) of some branches of the law particularly and the science in whole. Therefore, it is necessary to follow up (development, generation) gnosiology of the category of limitations of the rights of persons (participants), beyond measure of studies (doctrines) of different branches of the law of studies (doctrines) of some branches of the law particularly and the science in whole. The attention is paid to the research of: the philosophical legal approach to the category of limitations of the rights of persons; the theoretical legal approach to the category of limitations of the rights of persons; the private-law approach to the legal category of limitations of the rights of natural persons (subject to the studies of the ancient Roman lawyers (civilians). On the ground of worked out and studied doctrines author gives his own idea of the legal nature of the legal category of limitations of the rights of participants of the family legal relationship. With that the author defines the order of the determination of limitations of the rights of the participants of family legal relationship and under the already existing approaches to the legal category of limitations of the rights composes author's definition of the concept of limitation of the rights of participants in terms of the family law of Ukraine.

Key words: limitations of the rights, doctrinal approach, legal category, prohibition, permission, limit.

Кохановська О.В.

*доктор юридичних наук,
професор, професор кафедри
цивільного права Київського
національного університету
імені Тараса Шевченка,
член – кореспондент НАПрН
України*

Kokhanovska O.V.

*Doctor of Law, Professor,
Professor of the Department of
Civil Law of the Kyiv National
University named after
Taras Shevchenko, member
– correspondent of NAprN
Ukraine*

ІНФОРМАЦІЙНО–ПРАВОВА ОСНОВА ГРОМАДЯНСЬКОГО СУСПІЛЬСТВА

УДК 342.7:316.3

Досвід провідних держав світу свідчить про те, що формування інформаційно–правової основи громадянського суспільства має здійснюватися за умов чіткого виконання певних правил всіма суб'єктами й учасниками інформаційних процесів та покладення на них з боку держави необхідних, передусім для забезпечення національної безпеки, обмежень.

Для розвиненого громадянського інформаційного суспільства характерно, по-перше, здатність як самого суспільства, так і держави, що функціонує для забезпечення суспільного й особистого інтересу його членів, створювати умови для вільного доступу її громадян до інформаційних ресурсів; по-друге, вміння захищати національні інформаційні ресурси, інтереси кожної особи, суспільства і держави від негативного впливу, забезпечувати надійне і безпечне функціонування і розвиток національної інформаційної інфраструктури.

Отже, проблеми формування інформаційно–правової основи громадянського суспільства тісно пов'язані з питаннями захисту інформаційних відносин в цілому і завданнями, що в літературі набули назву «інформаційна безпека». Сьогодні дослідженню зазначеного питання присвячується значна кількість робіт як в Україні, так і в світі.

Відповідно до ст. 17 Конституції України забезпечення інформаційної безпеки, поряд із захистом суверенітету й територіальної цілісності України, забезпеченням її економічної безпеки, є однією з найважливіших функцій держави [1].

Звернення до визначень самого поняття «безпека» дає наступні його пояснення: безпека – це «стан, відповідно до якого не загрожує небез-

МІЖНАРОДНИЙ ЖУРНАЛ «ПРАВО І СУСПІЛЬСТВО»

пека, є захист від небезпеки [2, с. 47], відсутність загрози, збереженість, надійність [3, с. 67]». Ряд сучасних визначень різняться завдяки різним критеріям, які покладають в їх основу автори.

Враховуючи загально-теоретичні підходи до розуміння сучасних інформаційних загроз, ми вважаємо за необхідне вести мову не лише про захист інформаційних прав, а й про захист інформаційних відносин, оскільки захисту в інформаційній сфері підлягають не лише права, але і суб'єкти інформаційних відносин, самі об'єкти інформаційних відносин, найважливішим серед яких є інформація як немайнове благо, благо особливого роду.

Цивільно-правові способи захисту інформаційних прав в цьому розумінні повинні узгоджуватися із загально-правовим розумінням інформаційної безпеки. Самий термін «інформаційна безпека» має бути включений у ЦК України як «право на безпеку інформаційного середовища», або «право на безпечне інформаційне середовище», нарівні з поняттям безпеки оточуючого навколишнього середовища.

Це дозволить також надати гарантії захисту інформаційних прав усім суб'єктам інформаційних цивільних правовідносин, серед яких захисту прав фізичних осіб слід приділити, на нашу думку, найбільшої уваги.

Серед основних чинників, які називають найчастіше, як такі, що негативно впливають на стан забезпечення інформаційної безпеки, можна виділити наступні:

- недосконалість вітчизняного законодавства у сфері інформаційної безпеки, зокрема відсутність базового Закону України «Про інформаційну безпеку»;

- недостатня врегульованість нормами внутрішнього законодавства України правових відносин між державою, володільцями інформаційних ресурсів, доменів, провайдерами Інтернет і невсеохоплююча модернізація вітчизняного виробництва за участю іноземних організацій з використанням сучасних інформаційних технологій, які передбачають віддалений контроль за технологічними процесами, а в окремих випадках – дистанційне керування автоматизованими системами управління технологічними процесами через мережу Інтернет;

- низький рівень бюджетного фінансування заходів із забезпечення інформаційної безпеки, що обумовлює незадовільний стан захисту персональної інформації, інформації в органах державної влади й місцевого самоврядування, а також на стратегічно важливих підприємствах і в організаціях;

- недотримання вимог чинного законодавства у сфері захисту інформації на об'єктах інформаційної діяльності держави;

- у багатьох випадках недостатньо відповідальне ставлення керівників державних органів, установ та організацій до проблем захисту інформації та ін.

Між тим, забезпечення національної безпеки в інформаційній сфері, створення й підтримання функціонування системи інформаційної безпеки та захисту інформації на належному, відповідно до вимог сучасності та існуючих загроз рівні, сприяння вітчизняним виробникам інформаційних продуктів і технологій, засобів інформатизації і захисту інформації мають стати пріоритетами державної інформаційної політики.

В зарубіжних спеціальних джерелах вважають, що безпека є станом, тенденціями розвитку (в тому числі латентними) й умовами життєдіяльності соціуму, його структур, інститутів і організацій, за яких забезпечується збереження їх якісної визначеності з об'єктивно обумовленими інноваціями і вільне, таке, що відповідає власній природі, і таке, що нею визначається, функціонування [4]. Між тим, такий підхід до безпеки викликає справедливую критику, оскільки не розкриває її специфіки як соціального явища, крім того, зазначається, що якщо безпека покликана обмежувати прогрес інноваціями в межах якоїсь однієї якісної визначеності, то вона може стати фактором застою, консерватизму і регресу. Отже, насправді система безпеки не тільки не повинна перешкоджати кількісним (еволюційним), революційним (якісним) змінам, якщо вони назріли об'єктивно, а, навпаки, повинна сприяти подоланню застарілих форм життя без шкоди для суспільства і громадян. При цьому, як переконливо доводять автори, розкриття поняття «безпека» через терміни «захист», «захищеність» звужує її смисл.

В загальноживаному розумінні захистити означає – боронити, закривати будь-кого чи будь-що. Зокрема, у такому аспекті трактується це слово в енциклопедичних словниках нашого часу. Між тим, важливо розуміти під безпекою як статику, так і динаміку соціальної системи.

Розглядається безпека авторами і як системна якість, що дозволяє розвиватися й процвітати в умовах конфліктів, невизначеності й ризиків на основі самоорганізації й управління, пропонується при цьому включити в структуру безпеки країни соціальну безпеку (в тому числі державну, національну), безпеку культури (в тому числі інтелектуальну і інформаційну), політичну, військову, економічну, екологічну безпеку тощо [5, с. 198-199].

У громадянському суспільстві захист інформаційних правовідносин від загроз в інформаційній сфері розглядається спеціалістами як правова основа такого захисту. Названим питанням автори в усьому світі при-

діляють значну увагу, тому, незважаючи на значну долю «публічності» у методах їх вирішення, ми вважаємо за необхідне також приділити їм належну увагу, по-перше, з метою універсалізації термінологічної бази у сфері правового захисту інформаційних відносин, по-друге, з метою виявлення «приватноправових» елементів у розробках авторів і пошуку їх місця в праві приватному. З'ясування змісту цих досліджень дозволить, на нашу думку, знайти більш ефективні шляхи захисту інформаційних прав та інформаційних відносин у праві цивільному.

Так, Законом України «Про основи національної безпеки України» від 19 червня 2003 р. (далі – Закон) національна безпека визначається як захищеність життєво важливих інтересів людини і громадянина, суспільства і держави, за якої забезпечуються сталий розвиток суспільства, своєчасне виявлення, запобігання і нейтралізація реальних та потенційних загроз національним інтересам у сферах правоохоронної діяльності, боротьби з корупцією, прикордонної діяльності та оборони, міграційної політики, охорони здоров'я, освіти та науки, науково-технічної та інноваційної політики, культурного розвитку населення, забезпечення свободи слова та інформаційної безпеки, соціальної політики та пенсійного забезпечення, житлово-комунального господарства, ринку фінансових послуг, захисту прав власності, фондових ринків і обігу цінних паперів, податково-бюджетної та митної політики, торгівлі та підприємницької діяльності, ринку банківських послуг, інвестиційної політики, ревізійної діяльності, монетарної та валютної політики, захисту інформації, ліцензування, промисловості та сільського господарства, транспорту та зв'язку, інформаційних технологій, енергетики та енергозбереження, функціонування природних монополій, використання надр, земельних та водних ресурсів, корисних копалин, захисту екології і навколишнього природного середовища та інших сферах державного управління при виникненні негативних тенденцій до створення потенційних або реальних загроз національним інтересам (ст.1) [6].

Ст. 1 зазначеного закону містить також дефініцію національних інтересів – як життєво важливих матеріальних, інтелектуальних і духовних цінностей Українського народу як носія суверенітету і єдиного джерела влади в Україні, визначальні потреби суспільства і держави, реалізацію яких гарантує державний суверенітет України та її прогресивний розвиток; загрози національній безпеці – наявні та потенційно можливі явища і чинники, що створюють небезпеку життєво важливим національним інтересам України.

У свою чергу, життєво важливі інтереси можна визначити як сукупність потреб, задоволення яких забезпечує існування і можливості про-

гресивного розвитку особистості і суспільства в цілому, а загрози безпеки – як сукупність умов і факторів, що створюють загрозу цим життєво важливим інтересам.

І, нарешті, забезпечення безпеки в сучасному громадянському суспільстві можна розуміти на сьогодні як проведення єдиної політики в цій сфері і систему заходів економічного, політичного, організаційного та іншого характеру, адекватних загрозам життєво важливим інтересам особи, суспільства і держави, спрямованих на виявлення й попередження загроз.

Усі наведені визначення з можливими змістовними змінами повинні отримати розвиток у новій Доктрині інформаційної безпеки України, яка має стати сукупністю офіційних поглядів на мету, завдання, принципи і основні напрямки забезпечення інформаційної безпеки в умовах розбудови громадянського суспільства.

Звернемо увагу принагідно на те, що в РФ основу доктринального визначення інформаційної безпеки, рівно як і легального, покладено родове поняття безпеки, як «стану захищеності». На цьому, на думку О.О.Городова, схожість двох наведених визначень інформаційної безпеки і закінчується, оскільки в легальному формулюванні мова йде про захищеність інформаційного середовища (сфери) в інтересах громадян і держави, а в доктринальному – про захищеність національних інтересів в інформаційній сфері [7, с. 267]. Таким чином, уже в самому виборі об'єкта захисту в названій країні мають місце протиріччя, хоча з формально-юридичних позицій вірним є висновок О. О. Городова, що в цій якості має виступати інформаційне середовище, під яким розуміється сфера діяльності суб'єктів, пов'язана зі створенням, використанням, перетворенням і споживанням інформації.

Зрозуміло, що за відсутності сучасної Доктрини, подальше використання і розвиток поняття інформаційної безпеки буде відбуватися у заданому Законом України «Про основи національної безпеки України» напрямку, хоча воно і найбільш проблемне, оскільки вимагає відповіді на незнайдене досі декількома поколіннями вчених питання. Це питання стосується об'єкта захисту, в якості якого слід розуміти інтереси громадянського суспільства в цілому і кожного його члена зокрема. Вони, у свою чергу, визначаються сукупністю збалансованих інтересів кожної фізичної особи, суспільства і держави, полягають у визначенні реального балансу цих інтересів. Адже сьогодні стало очевидним, що далеко не завжди те, що відповідає інтересам окремого індивіда, відповідає інтересам суспільства в цілому, тим більше – держави; і, навпаки, те, що

відповідає інтересам всього суспільства, може явно суперечити інтересу окремого індивіда.

Можна зазначити, що до основних об'єктів національної безпеки належать: людина і громадянин – їхні конституційні права і свободи; суспільство – його духовні, морально-етичні, культурні, історичні, інтелектуальні та матеріальні цінності, інформаційне і навколишнє природне середовище і природні ресурси; держава – її конституційний лад, суверенітет, територіальна цілісність і недоторканність (ст. 3 Закону України «Про основи національної безпеки України»).

Одночасно з цим, автори відносять державу в особі її органів, організації і громадян також до основних суб'єктів забезпечення безпеки. Головну роль, на їх переконання, при цьому грає держава, яка у відповідності з діючим законодавством повинна забезпечувати безпеку кожного громадянина, а також соціальний і правовий захист громадян і організацій, які надають вплив у забезпеченні безпеки у відповідності із законом [8, с. 408].

Не заперечуючи в цілому такий підхід, зазначимо, між тим, що сучасний рівень інформаційного середовища, так само як і національні інтереси, вимагають все більшої активності й ініціативи самих фізичних осіб у цьому процесі. Саме від їх свідомої позиції залежить інформаційна свобода кожного члена суспільства, рівень законодавчого забезпечення названих питань як в кожній державі, так і на міжнародному рівні. Зокрема, інформаційна мережа Інтернет надає максимально широкі можливості для вироблення якісно нового бачення процесу побудови нового інформаційного громадянського суспільства, заснованого на моральних принципах і розумінні єдності світу, взаємозалежності в ньому всіх і кожного.

У ст. 5 Закону України «Про основи національної безпеки України» закріплено принципи забезпечення національної безпеки, що мають безпосереднє відношення до інформаційної безпеки і до захисту інформації та інформаційних відносин, у тому числі і в цивільному праві: пріоритет прав і свобод людини і громадянина; верховенство права; пріоритет договірних (мирних) засобів у розв'язанні конфліктів; своєчасність і адекватність заходів захисту національних інтересів реальним і потенційним загрозам; чітке розмежування повноважень та взаємодія органів державної влади у забезпеченні національної безпеки; демократичний цивільний контроль над воєнною організацією держави та іншими структурами в системі національної безпеки; використання в інтересах України міждержавних систем та механізмів міжнародної колективної безпеки.

При цьому пріоритетами національних інтересів України вірно визначено перш за все гарантування конституційних прав і свобод людини і

громадянина; розвиток громадянського суспільства, його демократичних інститутів тощо (ст. 6 Закону).

Серед загроз національним інтересам і національній безпеці України в інформаційній сфері ст. 7 Закону України «Про основи Національної безпеки України» серед іншого визначає: появи обмеження свободи слова та доступу громадян до інформації; поширення засобами масової інформації культури насильства, жорстокості, порнографії; комп'ютерна злочинність та комп'ютерний тероризм; розголошення інформації, яка становить державну та іншу, передбачену законом, таємницю, а також конфіденційної інформації, що є власністю держави або спрямована на забезпечення потреб та національних інтересів суспільства і держави; намагання маніпулювати суспільною свідомістю, зокрема шляхом поширення недостовірної, неповної або упередженої інформації.

Звернемо увагу на те, що поняття «неповної» та «упередженої» інформації в останньому абзаці ст.7 не визначено в даному законі, так само, як і в інших спеціальних законах України, присвячених інформаційній безпеці, тому важко пояснити, що саме мав на увазі законодавець в даному контексті. На наше переконання, така «некерована» творчість у сфері дефініцій, яка на сьогодні існує в українському законодавстві, вже стала однією з причин неузгодженості і непорозумінь в процесі реалізації інформаційних прав та їх захисту, захисту інформаційних відносин в цілому. Ми пропонуємо з метою єдиного розуміння, всі дефініції у сфері інформації визначити в Законі України «Про інформацію» [9] і в Цивільному Кодексі України (далі – ЦК України) [10], а в інших законах робити відсилання до цих нормативно-правових актів, або, у крайньому випадку, обов'язково визначати в законі, в якому вони зустрічаються.

У ст. 8 Закону названо основні напрями державної політики з питань національної безпеки в інформаційній сфері, що є надзвичайно актуальним з огляду на складну ситуацію в країні допомагає уточнити як найближчі, так і подальші перспективи, серед яких найбільш значущими можна визначити забезпечення інформаційного суверенітету України; вдосконалення державного регулювання розвитку інформаційної сфери шляхом створення нормативно-правових і економічних передумов для розвитку національної інформаційної інфраструктури та ресурсів, впровадження новітніх технологій у цій сфері, наповнення внутрішнього і світового інформаційного простору достовірною інформацією про Україну; активне залучення засобів масової інформації до боротьби з корупцією, зловживаннями службовим становищем, іншими явищами, що загрожують національній безпеці України; забезпечення неухильного до-

тримання конституційного права громадян на свободу слова, доступу до інформації, недопущення неправомірного втручання органів державної влади, органів місцевого самоврядування, їх посадових осіб у діяльність засобів масової інформації, дискримінації в інформаційній сфері і переслідування журналістів за політичні позиції; вжиття комплексних заходів щодо захисту національного інформаційного простору та протидії монополізації інформаційної сфери України.

На жаль, в попередні роки забезпечення інформаційної безпеки зводилося фактично лише до захисту інформації, зокрема державної і службової таємниці, пошуку шляхів захисту персональних даних. Таким чином, авторами й досі ототожнюються два різних поняття – захист інформації та інформаційна безпека [11]. Слід звернути увагу на те, що поняття інформаційної безпеки і нині не є усталеним в юридичній термінології через відсутність єдиного методологічного підґрунтя, на базі якого тільки і можуть бути визначені його сутність, ступінь необхідності використання і межі застосування.

Між тим, наближення до стану інформаційної безпеки в технічному розумінні можливе, якщо йде мова про наміри досягти наступних цілей: збереження конфіденційності інформації; цілісність інформації та пов'язаних з нею процесів; доступність інформації, коли вона необхідна; врахування всіх процесів, які пов'язані з інформацією. В обох зазначених випадках в якості об'єкту захисту пропонується лише інформація [8., с. 419].

Під інформаційною безпекою пропонується розуміти:

- стан захищеності інформаційного середовища суспільства, що забезпечує його формування, використання й розвиток в інтересах громадян, організацій, держави;
- стан захищеності національних інтересів України в інформаційному середовищі, за якого не допускається (або зводиться до мінімуму) завдання шкоди особі, суспільству, державі через неповноту, несвоєчасність, недостовірність інформації й несанкціоноване її поширення та використання, а також через негативний інформаційний вплив і негативні наслідки функціонування інформаційних технологій; а також єдність захисту наступних компонентів: системи виробництва інформаційних продуктів; системи доставки інформаційних продуктів до споживача; системи виробництва засобів виробництва інформаційних продуктів та їх доставки; системи виробництва інформаційних технологій; системи накопичення і збереження інформаційних продуктів; системи сервісного обслуговування елементів інформаційної інфраструктури; системи підготовки кадрів [12, с. 79-80].

Важливою методологічною проблемою є на сьогодні також розуміння такого поняття, як національні інтереси, і визначення співвідношення національних інтересів і національної безпеки, оскільки безпека – це є захищеність самих національних інтересів і сама безпека є важливим національним інтересом; встановлення їх об'єктного та суб'єктного складу.

Ст. 1 Закону визначає національні інтереси як життєво важливі матеріальні, інтелектуальні і духовні цінності Українського народу як носія суверенітету і єдиного джерела влади в Україні, визначальні потреби суспільства і держави, реалізацію яких гарантує державний суверенітет України та її прогресивний розвиток. На нашу думку, поняття національного інтересу має бути удосконалене, виходячи з історичного досвіду українського державотворення, і не може спиратися на розробки, що відносяться лише до спільного історичного минулого з іншими країнами, на домінуючі в 20-му столітті положення про класові інтереси тощо. Значна кількість розрізнених робіт з цього приводу ще має бути проаналізована і втілена у законодавстві України як втіленні ідей громадянського суспільства.

Не заглиблюючись в деталях у вищезазначену проблему, вважаємо за необхідне, між тим, звернути увагу на те, що під інтересом зазвичай розуміється причина дій індивідів, соціальних спільнот (класу, нації, професійної групи), які визначають їх соціальну поведінку [13., с. 162]. При цьому інтереси розрізняються: за ступенем спільності (індивідуальні, групові, суспільні); за спрямованістю (економічні, політичні, духовні); за ступенем усвідомлення (діючі стихійно і на основі програми); за можливістю здійснення (реальні і мнимі); за відношенням до об'єктивної тенденції суспільного розвитку (прогресивні, реакційні, консервативні); за строками реалізації (довгострокові, середньострокові, короткострокові); за характером суб'єкта (класові, національні, професійні) тощо.

Національні інтереси України, на думку авторів, відображають фундаментальні цінності та прагнення українського народу, його потреби в гідних умовах життєдіяльності, а також цивілізовані шляхи їх створення і способи задоволення. При цьому, національні інтереси України та їх пріоритетність обумовлюються конкретною ситуацією, що складається в країні та за її межами [12., с. 129].

У законодавстві пріоритетними національними інтересами України визначено: створення громадянського суспільства, підвищення ефективності органів державної влади та місцевого самоврядування, розвиток демократичних інститутів для забезпечення прав і свобод людини; досягнення національної злагоди, політичної і соціальної стабільності,

гарантування прав української нації та національних меншин України; забезпечення державного суверенітету, територіальної цілісності й недоторканості кордонів; створення самодостатньої соціально орієнтованої ринкової економіки; забезпечення екологічно й технічно безпечних умов життєдіяльності суспільства; збереження та підвищення науково-технологічного потенціалу; зміцнення генофонду Українського народу, його фізичного і морального здоров'я та інтелектуального потенціалу; розвиток української нації, історичної свідомості та національної гідності українців; розвиток етнічної, культурної, мовної та релігійної самобутності громадян усіх національностей, що складають Український народ; налагодження рівноправних і взаємовигідних відносин з усіма державами, інтегрування в європейську і світову спільноту.

Одночасно до основних можливих загроз національній безпеці України в інформаційній сфері традиційно називають: невиваженість державної політики та відсутність необхідної інфраструктури в інформаційній сфері; повільність входження України у світовий інформаційний простір, брак у міжнародного співтовариства об'єктивного уявлення про Україну; інформаційна експансія з боку інших держав; витік інформації, що становить державну та іншу, передбачену законом, таємницю, а також конфіденційної інформації; можливість запровадження цензури.

Між тим, перелік національних інтересів України в інформаційній сфері має бути структурованим на рівні сучасної Доктрини і включати наступні складові: дотримання конституційних прав і свобод людини і громадянина у сфері отримання інформації і її використання, забезпечення духовного оновлення України, збереження й укріплення моральних цінностей в суспільстві; інформаційне забезпечення державної політики України, пов'язане з доведенням до української і міжнародної спільноти достовірної інформації про державну політику України, її офіційні позиції за соціально важливими подіями національного й міжнародного життя, із залученням громадян до відкритих державних інформаційних ресурсів; розвиток сучасних інформаційних технологій, вітчизняної індустрії інформації, у тому числі індустрії засобів інформації, телекомунікацій і зв'язку, забезпечення потреб внутрішнього ринку її продукцією і вихід цієї продукції на світові ринки, а також забезпечення накопичення, збереження і ефективного використання вітчизняних інформаційних ресурсів; захист інформаційних ресурсів від несанкціонованого доступу й забезпечення безпеки інформаційних і телекомунікаційних систем як вже розгорнутих, так і створюваних на території України.

У встановленні співвідношення інтересів особи, суспільства і держави прийнято виділяти три їх види: пріоритет інтересів – паритет інте-

ресів – баланс інтересів. При цьому, на наше переконання, перевагу слід надавати принципу балансу інтересів як такому, що дозволяє найбільш повно врахувати інтереси кожного суб'єкта в конкретних історичних та інших умовах. Між тим, механізм визначення, зміни і забезпечення такого балансу інтересів основних суб'єктів на сьогодні практично відсутній, окрім розробок у сфері цивільно-правового регулювання.

Важливою проблемою, що тісно пов'язана з попередніми, і такою, що потребує теоретичного осмислення й законодавчого вирішення, є співвідношення основних суб'єктів та їх участь у забезпеченні безпеки.

У системі забезпечення національної безпеки сучасної України діють декілька груп суб'єктів: громадяни, які переважно використовують самозахист своїх прав і законних інтересів від посягань представників як кримінальних, так і нерідко – державних структур; держава, яка здійснює функції в цій сфері через органи законодавчої, виконавчої, судової влади, органи прокурорського нагляду тощо; суспільство – в особі недержавних організацій, які представлені фондами, науково-аналітичними центрами тощо, з одного боку, і кримінальні структури, які створюють умови для перерозподілу сфер впливу, з іншого.

Українська держава сьогодні, на жаль, так само, як і інші держави, все ще розглядає людину, в основному, як об'єкт своєї діяльності і незначною мірою розглядає її як суб'єкта відносин у сфері суспільної й особистої безпеки, що може призвести до негативних наслідків. Позитивну роль, як ми пересвідчилися, відіграє переважно цивільне право, що поставило людину в центр уваги, змістивши традиційні акценти на фізичну особу як суб'єкта прав.

Ми бачимо коріння зазначеного попередньо негативного відношення і в не завжди виправданому домінуючому становищі держави у всіх процесах, перебільшенні публічно-правових інтересів у питаннях, що стосуються інформаційної сфери. Це вже призвело фактично до несприйняття органів суспільної безпеки, зокрема державних. Фізична особа, відчуваючи свою незахищеність, почала шукати інших шляхів самозахисту, а систему суспільної і державної безпеки почала розглядати переважно, як ворожу силу, схильючись до революційних, а не еволюційних методів вирішення конфлікту.

З урахуванням зазначеного, можна визначити життєво важливі інтереси особи в інформаційній сфері: дотримання і реалізація конституційних прав і свобод людини і громадянина на пошук, отримання, передання, виробництво і поширення об'єктивної інформації; реалізація права громадян на недоторканість приватного життя, захист інформації,

яка забезпечує особисту безпеку; використання інформації в інтересах фізичного, духовного і інтелектуального розвитку; захист прав на об'єкти інтелектуальної власності; забезпечення права громадян на захист від шкідливої інформації тощо.

Захист прав і свобод у вітчизняній інформаційній сфері здійснюється переважно за допомогою норм Конституції і ЦК України. Отже, значна кількість конституційних норм розвиваються в Україні насамперед через норми ЦК України та ряду інших законів.

Поняття особистої безпеки потребує законодавчого закріплення на рівні ЦК України, як стану захищеності фізичної особи, у тому числі і в інформаційному середовищі. Для громадянського суспільства – це забезпечення інтересів особи в інформаційній сфері; побудова правової соціальної держави; укріплення демократії, побудова інформаційного громадянського суспільства; духовне оновлення суспільства, збереження його моральних цінностей, утвердження в суспільстві ідеалів високої моральності, патріотизму і гуманізму, розвиток духовних традицій, пропаганда національного культурного спадку, норм моралі і суспільної моральності; досягнення і підтримка суспільного порозуміння; припинення маніпулювання масовим усвідомленням; пріоритетний розвиток сучасних телекомунікаційних технологій, збереження і розвиток вітчизняного наукового і виробничого потенціалу. Не слід забувати, що інтереси суспільства полягають, крім того, у забезпеченні інтересів особистості в інформаційній сфері, утвердженні демократії, створенні правової соціальної держави, заснованих на досягненні і підтримці суспільної згоди, а також у духовному оновленні країни.

Інтереси держави можна виявити в створенні умов для реалізації конституційних прав і свобод людини і громадянина у сфері отримання інформації і її використанні для підтримання політичної, економічної і соціальної стабільності, у забезпеченні законності і правопорядку тощо. Це можуть бути також такі інтереси, як створення умов для реалізації інтересів особи і суспільства в інформаційній сфері та їх захист; забезпечення законності і правопорядку; захист державних інформаційних систем і державних інформаційних ресурсів; захист єдиного інформаційного простору країни тощо.

Таким чином, із вищезазначеного можна зробити висновок, що публічно-правове розуміння безпеки можна розглядати не тільки як поняття, близьке до проблеми захисту інформаційних прав у цивільному праві, але і більш широко – через поняття цивільно-правової охорони та захисту інформаційних відносин у самому широкому розумінні.

Багато спільного виявляє більш глибоке дослідження цього поняття із реалізацією та захистом інформаційних прав та захисту інформаційних відносин у цивільному праві. Так, перелік загроз, запропонований спеціалістами для вироблення загальної доктрини інформаційної безпеки, може слугувати для з'ясування проблем захисту інформаційних прав та інформаційних відносин в цивільному праві.

На жаль, єдиний підхід у класифікації загроз інтересам особи, суспільства, держави в інформаційній сфері відсутній, так само, як і понятійний апарат, методологія оцінки рівня загроз і наслідків їх реалізації. Основними загрозами конституційним правам і свободам людини і громадянина в інформаційній сфері можна визначити: прийняття нормативних правових актів, що ущемляють конституційні права і свободи громадян; протидія, у тому числі і з боку кримінальних структур, реалізації громадянами своїх конституційних прав на недоторканість приватного життя; неправомірне обмеження доступу громадян до відкритих інформаційних ресурсів, нераціональне, надмірне обмеження доступу до суспільно необхідної інформації; порушення конституційних прав і свобод людини і громадянина у сфері масової інформації; протиправне застосування спеціальних засобів впливу на індивідуальну, групову і суспільну свідомість; маніпулювання інформацією (дезінформація, приховування чи викривлення інформації).

Загрозами інтересам суспільства в інформаційній сфері можуть бути: невиконання вимог законодавства, що регулює відносини в інформаційній сфері; створення монополій на формування, отримання і поширення інформації в Україні, у тому числі з використанням телекомунікаційних систем; дезорганізація і порушення системи накопичення і збереження культурних цінностей, включаючи архіви; посилення залежності духовної, економічної і політичної сфер суспільного життя України від зарубіжних інформаційних структур, девальвація духовних цінностей, пропаганда зразків масової культури, заснованих на культурі насилля, на духовних і моральних цінностях, що суперечать цінностям, прийнятним в українському суспільстві; збільшення відтоку за кордон спеціалістів і правоволодільців інтелектуальної власності; порушення правил у сфері обігу інформації, а саме протиправний збір і використання інформації, порушення технології обробки інформації, витік інформації по технічним каналам, знищення, порушення чи крадіжка інформації в мережах передачі даних і на лініях зв'язку, нав'язування оманливої інформації, несанкціонований доступ до інформації, що знаходиться в банках і базах даних, порушення законних обмежень на поширення інформації; пору-

шення правил у сфері функціонування інформаційних систем і у сфері використання засобів забезпечення інформаційної безпеки, а саме компроектія ключів і засобів криптографічного захисту, використання несертифікованих вітчизняних і зарубіжних інформаційних технологій, засобів захисту інформації, телекомунікацій і зв'язку при створенні й розвитку української інформаційної інфраструктури.

Існує також значний перелік загроз інтересам держави в інформаційній сфері. Серед найбільш важливих джерел загроз інформаційній безпеці України, що поділяються сьогодні на внутрішні та зовнішні, слід назвати діяльність розвідувальних структур; прагнення до домінування рядом країн; міжнародна конкуренція за володіння інформаційними технологіями і ресурсами; діяльність міжнародних терористичних організацій, підготовка до інформаційних війн і використання інформаційної зброї; недостатня економічна міць держави, недостатня розробленість нормативної бази в інформаційній сфері; недостатня правозастосовча практика та багато інших.

Методи забезпечення інформаційної безпеки поділяються на загальні і приватні. Загальні методи, в свою чергу, диференціюються на правові, організаційно-технічні і економічні.

Ми вважаємо найбільш ефективним розглядати захист інформаційних прав (а також інформаційних відносин загалом) у відповідності до галузей законодавства України і за тим принципом, згідно з яким ми запропонували поділяти інформаційні відносини в цивільному праві: 1) захист особистих немайнових інформаційних прав; 2) захист інформаційних прав, що відповідають ознакам творчої інтелектуальної діяльності і 3) захист інформаційних прав як особливих, таких, які мають свою специфіку, пов'язану з особливостями інформації як об'єкта права, враховуючи можливість володіння майновим втіленням інформації – інформаційними ресурсами (документами), цінними паперами тощо.

Такий підхід дає змогу найбільш ефективно захистити також інформаційні відносини і розмежувати цивільно-правовий захист з адміністративно-правовим і кримінально-правовим.

При цьому слід розрізняти поняття «безпеки» та «захисту» у сфері інформаційних прав. «Безпека» є поняттям набагато ширшим, ніж «захист», оскільки включає в себе, принаймні, додатково економічні, політичні тощо заходи, у правовому розумінні вони є переважно публічно-правовими. У той час як поняття «захист» застосовується в праві, навіть у цивільному, у достатньо чітких межах. Підтвердження тому – теоретичні й законодавчі розробки у сфері засобів і способів захисту ци-

вільних прав. Так, захист інформації, а також захист інформаційних прав і свобод здійснюється за допомогою норм ЦК України поряд з нормами інших галузей права і спеціальними інститутами.

Підсумовуючи, слід зробити ряд додаткових висновків до тих, які сформульовані у процесі написання даної статті відповідно до її послідовного викладення. Норми ЦК України ефективно застосовуються, на нашу думку, вже сьогодні для захисту інтересів особи, суспільства, держави від впливу «шкідливої, небезпечної, недоброякісної інформації», яким би не було легальне і доктринальне розуміння цих дефініцій. Свідченням тому є, зокрема ст. 293 ЦК України «Право на безпечне для життя і здоров'я довкілля», яку можна розглядати як таку, що поширюється й на інформаційні відносини. Між тим, слід також ввести і сформулювати хоча б у загальному вигляді в ЦК України конкретну норму «Право на безпечне інформаційне середовище», якою передбачити таке право для кожної фізичної особи.

Отже, для українського законодавства характерним є те, що практично всі напрямки захисту інформаційних прав та інформаційних відносин пов'язані насамперед з нормами ЦК України, які разом із нормами Конституції України є основою для побудови усього інформаційного законодавства.

Найширший і найрізноманітніший спектр способів захисту порушених інформаційних прав надає саме Цивільний кодекс, цивільне законодавство. А пріоритетний вибір для захисту прав норм інших галузей права, зокрема адміністративного й кримінального права, на сучасному етапі пояснюється ще низьким рівнем правоусвідомлення суспільства в інформаційній сфері і недостатнім рівнем розвитку самих інформаційних відносин.

Демократизація і подальший розвиток громадянського суспільства, ринкових відносин, цивілізації в цілому, мають суттєво вплинути на вибір саме цивільно-правових способів захисту інформаційних прав і інформаційних відносин.

Розглядаючи захист інформаційних відносин найсуттєвішою складовою інформаційної безпеки, вважаємо важливим вести мову про захист саме інформаційних відносин, а не тільки про захист інформаційних прав, оскільки захисту підлягають як об'єкти цих відносин, так і суб'єкти, а не лише їх права.

Об'єкти правовідносин у сфері інформаційної безпеки певним чином співпадають із об'єктами інформаційних цивільних правовідносин, які можна назвати благами. Серед них важливе місце посідає врахування

рівня духовності, моралі особистості і суспільства, прав і свобод особи в інформаційній сфері тощо. Суб'єктами правовідносин у сфері інформаційної безпеки можна визнати усіх суб'єктів цивільних правовідносин. Практично співпадає і коло учасників цих відносин. Поведінка суб'єктів у даній сфері визначається не лише приписами законів та інших нормативних правових актів, але і їх ініціативою, зокрема договорами. Права і обов'язки суб'єктів інформаційних правовідносин зумовлені нормами законів та інших нормативних правових актів. Ними встановлюються правила поведінки суб'єктів у процесі захисту об'єктів правовідносин. Одночасно відбувається процес нагляду за підтриманням інформаційної безпеки. Вводяться також обмеження інформаційних прав, що має відбуватися тільки за наявності спеціальної норми закону.

Проблеми правових механізмів захисту життєво важливих інтересів як особи, так і суспільства повинні розроблятися в різних напрямках інформаційної діяльності. Найбільш важливими серед яких є пошук, отримання і споживання інформації; створення (виробництво) інформації; формування інформаційних ресурсів, надання користувачам інформаційних послуг і продуктів; створення і використання, застосування інформаційних систем і технологій тощо.

Вищезазначене дає підстави стверджувати, що захисту підлягають не лише інформаційні права, а й інформаційні відносини в цілому. Захист інформаційних прав, у свою чергу, включає в себе захист прав на інформацію, як особистих немайнових прав фізичних і юридичних осіб, а також захист інформаційних прав, які складають права інтелектуальної власності, права на відкриту інформацію, права на інформацію з обмеженим доступом, права у сфері використання інформаційних систем тощо. Загалом сьогодні можна вести мову про необхідність побудови ефективної системи інформаційної безпеки, важливою складовою якої стануть цивільно-правові способи захисту інформаційних прав та інформаційних відносин.

1. *The Constitution of Ukraine, the Law of 28.06.1996 №254k / 96 - BP. – Bulletin of the Supreme Council of Ukraine BBP), 1996. – №30. – P.141.*
2. *Ozhegov S.I. Russian dictionary. Ed. 22th, stereotypical. – Moscow. – 1991. – 915 p.*
3. *Dal V.I. Dictionary of the Russian language. – In 4 volumes. – Vol.1. – Moscow. – Russian language. – 1999. – P. 67.*
4. *Security // Information Collection of the Fund of national and international security. – Moscow. – 1994. – № 3 (19).*
5. *The concept of human security, society, state // White Paper of the Russian special services. Ed. 2d, revised. - International non-governmental research and educational organization «RAU - Corporation». – Moscow – 1996.*

6. *The Principles of National Security of Ukraine. - Law of Ukraine on 10th of June 2003 // Collected Legislation of Ukraine. - 2003. - № 39. - P. 351.*
7. *Gorodov O. A. Fundamentals of Information law in Russia: Textbook. - Saint Petersburg: Publishing house «Press Law Center.» - 2003. - 305 p.*
8. *Bachilo I. L., Lopatin V. N., Fedotov M. A. Information Law: Textbook / Ed. acad. of the RAS B.N.Topornin. - Saint Petersburg: Publishing house «Press Law Center.» - 2001. - 789 p.*
9. *On information. Law of Ukraine from the 02.10.1992 p. №2657 - XII // Bulletin of the Verkhovna Rada of Ukraine (BD), 1992. - №48. - P. 650.*
10. *The Civil Code of Ukraine. - Law of 16.01.2003. №435 - IV // Bulletin of the Verkhovna Rada of Ukraine (BD), 2003. - №№ 40 - 44. - P. 356.*
11. *Yarochkin V. I. Information security. Textbook. - M. - 2000. - 215 p.*
12. *Brizhko V. M., Galchenko O. M., Tsymbaliuk V. S., Oriehov E. A., Chornobrov A. M. The Information Society. Definitions: human rights, information science, information, telecommunications, intellectual property, licensing, certification, business, market, law / ed. doctor of Law, Professor R.A.Kalyuzhyi, doctor of economic sciences, professor M.Y.Shvetso. - Kyiv, «Integral», 2002. - 220 p.*
13. *Philosophical Dictionary / ed. I.T. Frolov. - Ed. 5th. - Moscow. - Politizdat. - 1986. - 590 p.*

Кохановська О. В. Інформаційно-правова основа громадянського суспільства.

Стаття присвячена проблемам інформаційно-правової основи громадянського суспільства. У ній доведено, що норми Цивільного кодексу України ефективно застосовуються вже сьогодні для захисту інтересів особистості, суспільства, держави від впливу «шкідливої, небезпечної, недоброякісної інформації», яким би не було легальне і доктринальне розуміння цих дефініцій. Як свідчення тому наводиться зміст норми ст. 293 ГК України «Право на безпечне для життя і здоров'я довкілля», яку запропоновано розглядати як таку, що поширюється і на інформаційні відносини. У статті пропонується ввести і сформулювати хоча б у загальному вигляді в Цивільному кодексі України конкретну норму «Право на безпечну інформаційне середовище», якою передбачити таке право для кожної фізичної особи. Для українського законодавства характерно, що практично всі напрямки захисту інформаційних прав та інформаційних відносин пов'язані насамперед з нормами Цивільного кодексу України, які разом з нормами Конституції України є основою для побудови всього інформаційного законодавства. Широкий і різноманітний спектр способів захисту порушених інформаційних прав надає саме Цивільний кодекс, цивільне законодавство. А вибір для захисту цих прав норм інших галузей права, зокрема адміністративного та кримінального права, на сучасному етапі пояснюється ще низьким рівнем самосвідомості суспільства в інформаційній сфері та недостатнім рівнем розвитку самих

інформаційних відносин. Доведено, що демократизація і подальший розвиток громадянського суспільства, ринкових відносин, цивілізації в цілому, повинні істотно вплинути на вибір саме цивільно-правових способів захисту інформаційних прав та інформаційних відносин.

Ключові слова: інформаційна безпека, громадянське суспільство, інтерес, інформаційні відносини, способи захисту.

Кохановская Е. В. Информационно –правовая основа гражданского общества.

Статья посвящена проблемам информационно–правовой основе гражданского общества. В ней доказано, что нормы Гражданского кодекса Украины эффективно применяются уже сегодня для защиты интересов личности, общества, государства от воздействия «вредной, опасной, недоброкачественной информации», каким бы ни было легальное и доктринальное понимание этих дефиниций. Как свидетельство тому приводится содержание нормы ст. 293 ГК Украины «Право на безопасную для жизни и здоровья окружающую среду», которую предложено рассматривать как такую, что распространяется и на информационные отношения. В статье предлагается ввести и сформулировать хотя бы в общем виде в Гражданского кодекса Украины конкретную норму «Право на безопасную информационную среду», которой предусмотреть такое право для каждого физического лица. Для украинского законодательства характерно, что практически все направления защиты информационных прав и информационных отношений связаны прежде всего с нормами Гражданского кодекса Украины, которые вместе с нормами Конституции Украины являются основой для построения всего информационного законодательства. Широкий и разнообразный спектр способов защиты нарушенных информационных прав предоставляет именно Гражданский кодекс, гражданское законодательство. А выбор для защиты этих прав нормами других отраслей права, в частности административного и уголовного права, на современном этапе объясняется еще низким уровнем самосознания общества в информационной сфере и недостаточным уровнем развития самих информационных отношений. Доказано, что демократизация и дальнейшее развитие гражданского общества, рыночных отношений, цивилизации в целом, должны существенно повлиять на выбор именно гражданско-правовых способов защиты информационных прав и информационных отношений.

Ключевые слова: информационная безопасность, гражданское общество, интерес, информационные отношения, способы защиты.

Kokhanovska O.V. Information - legal basis for civil society.

The article is devoted to the problems of information - legal basis for civil society. The author argues convincingly that the provisions of the Civil Code of Ukraine are effectively used today for protecting the interests of individuals, the society and the state from the effects of the «harmful, dangerous, and low-quality information», despite the legal and doctrinal understanding of these definitions. As evidence for this issue can be used the content of the Art. 293 of the Civil Code of Ukraine «The right to

the safe and healthy environment for the life», which the author proposes to consider as one that applies to the information relations. The paper proposes to introduce and formulate in the Civil Code of Ukraine a specific rule «the right to secure information environment», which provides such a right for each individual. According to the author's arguments it is important for the Ukrainian legislation that almost all the areas of protection of information rights and information relationships are associated primarily with the provisions of the Civil Code of Ukraine, which together with the Constitution of Ukraine are the basis for all information legislation. A wide and varied range of ways for protecting the violated rights of information is provided by the Civil Code. A choice for the protection of these rights by norms of other branches of law, in particular administrative law and criminal law, can be explained by a low level of consciousness of the society in the field of information and insufficient level of development of the information relationships. E.Kokhanovska convincingly argues that democratization and the further development of civil society, market relations, and civilization as a whole, have a significant impact on the choice of civil legal ways for protecting information rights and information relationships.

Keywords: information security, civil society, interest, information relations, ways of protection.

Кудель Д.А.
*УО «Гродненский
государственный
университет имени Янки
Купалы»*

Kudzel D.
*Grodno State University Yanka
Kupala*

КОНЦЕССИОННЫЙ ДОГОВОР КАК ПЕРСПЕКТИВНАЯ ФОРМА ГОСУДАРСТВЕННО-ЧАСТНОГО ПАРТНЕРСТВА ПО ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВУ РЕСПУБЛИКИ БЕЛАРУСЬ

УДК 346.543.4

Введение. Неотъемлемым условием нормального функционирования экономики всегда служило конструктивное взаимодействие государственного сектора (государственной и муниципальной власти) и частного сектора (бизнеса). Это связано с тем, что государство никогда не бывает свободным от выполнения своих социально ответственных функций, связанных с общественными интересами, а бизнес, в свою очередь, всегда остается источником и мотором развития народного хозяйства. В экономике большинства развитых и ряда развивающихся стран в последние десятилетия сложилось совершенно особое качество взаимодействия государственного и частного сектора, получившее название государственно-частного партнерства (далее - ГЧП) [1].

В настоящее время в большинстве отраслей экономики Республики Беларусь происходят процессы структурных изменений и развития новых хозяйствующих субъектов. При этом все более значимую роль начинают играть структуры, функционирующие на основе ГЧП.

Экономические проблемы, а именно проблемы обеспечения высоких темпов качественного и количественного экономического роста, повышения конкурентоспособности, диверсификации белорусской экономики и перевода ее на путь инновационного развития, и социальные проблемы, в частности проблемы качественного удовлетворения потребностей населения по стабильным ценам, требуют прежде всего обеспечения консолидации ресурсов государства и частного бизнеса посредством ГЧП.

Согласно Директиве Президента Республики Беларусь от 31 декабря 2010г. №4 «О развитии предпринимательской инициативы и стимули-

ровании деловой активности в Республике Беларусь» в целях дальнейшей либерализации белорусской экономики, повышения ее конкурентоспособности и создания благоприятных условий для динамичного и устойчивого развития необходимо сформировать правовую базу, стимулирующую развитие в Республике Беларусь механизмов государственно-частного партнерства [2].

Цель исследования. Анализ особенностей концессионного договора как формы государственно-частного партнерства, разработка теоретических выводов и практических рекомендаций по правовому регулированию взаимоотношений государства и инвесторов на концессионной основе в ключевых отраслях экономики и социальной сферы.

Основная часть. ГЧП представляет собой институциональный и организационный альянс государственной власти и частного бизнеса с целью реализации общественно значимых проектов в широком спектре сфер деятельности – от развития стратегически важных отраслей экономики до предоставления общественных услуг в масштабах всей страны или отдельных территорий. Бурное развитие многообразных форм ГЧП во всех регионах мира, их широкое распространение в самых разных отраслях экономики позволяют трактовать эту форму взаимодействия государства и бизнеса как характерную черту современной смешанной экономики. Развивающееся партнерство, в отличие от традиционных административных отношений, создает свои базовые модели финансирования, отношений собственности и методов управления. При этом принципиально важен комплекс вопросов, связанных с перераспределением правомочий собственности, неизбежно возникающим в процессе перерастания преимущественно административно-властных отношений между государством и бизнесом в отношения партнерства, закрепляемые соответствующими соглашениями сторон. Более того, некоторые устойчивые формы партнерства, например, концессии, нередко расцениваются как своего рода косвенная приватизация или же ее полноценная альтернатива, то есть трактуются как вторжение в систему отношений собственности. В строгом смысле партнерства действительно институционально преобразуют сферы деятельности, традиционно относящиеся к ведению государства, но не выводят их полностью за его пределы.

Соответственно разделение правомочий собственности между государственным и частным секторами экономики в рамках партнерства обычно касается не всего комплекса правомочий, на которые распадается в хозяйственном обороте суверенное право титульного собственника, а лишь некоторых из них. Речь идет о таких ключевых правомочиях, как

право контроля над использованием активов, право на доход, право на управление, а также право на изменение капитальной стоимости объектов соглашений и право на переуступку тех или иных собственных правомочий другим лицам.

В литературе выделяются следующие базовые признаки ГЧП:

- сторонами ГЧП являются государство и частный бизнес;
- взаимодействие сторон в ГЧП закрепляется на официальной, юридической основе (соглашения, договоры, контракты и т. п.);
- взаимодействие указанных сторон имеет действительно партнерский, равноправный характер (т. е. в обязательном порядке должен соблюдаться паритет, баланс обоюдных интересов);
- ГЧП имеет четко выраженную публичную, общественную направленность (его главная цель – удовлетворение государственного интереса);
- в процессе реализации проектов на основе ГЧП консолидируются, объединяются активы (ресурсы и вклады) сторон;
- финансовые риски и затраты, а также достигнутые в ГЧП результаты распределяются между сторонами в пропорциях согласно взаимным договоренностям, зафиксированным в соответствующих соглашениях, договорах, контрактах и т. п. [3].

В зависимости от характера решаемых в рамках ГЧП конкретных задач все множество существующих и вновь возникающих форм партнерств можно подразделить на отдельные типы (модели):

1. контракты, предоставляемые государством частному сектору;
2. арендные отношения, финансовая аренда (лизинг);
3. государственно-частные предприятия;
4. соглашение о разделе продукции (СРП);
5. концессионные соглашения (договоры).

1. Контракты, заключаемые между государством (органом местного самоуправления) и частным субъектом хозяйствования на осуществление определенных общественно необходимых и полезных видов деятельности. Наиболее распространенными в практике ГЧП считаются контракты на выполнение работ, оказание общественных услуг, управление, поставку продукции для государственных нужд, оказание технической помощи. В административных контрактных отношениях права собственности не передаются частному партнеру, расходы и риски полностью несет государство. Интерес частного партнера состоит в том, что по договору он получает право на оговариваемую долю в доходе, прибыли или собираемых платежах. Как правило, контракты с государственным или

коммунальным органом – весьма привлекательный бизнес для частного предпринимателя, поскольку, помимо престижа, гарантируют ему устойчивый рынок и доход, а также возможные льготы и преференции.

2. Аренда в ее традиционной форме (договора аренды) и в форме лизинга. Особенность арендных отношений между властными структурами и частным бизнесом заключается в том, что на определенных договором условиях происходит передача частному партнеру государственного или коммунального имущества во временное пользование и за определенную плату. Традиционные договора аренды предполагают возвратность предмета арендных отношений, причем правомочие по распоряжению имуществом сохраняется за собственником и не передается частному партнеру. В специально оговариваемых случаях арендные отношения могут завершиться выкупом арендуемого имущества. В случае договора лизинга лизингополучатель всегда имеет право выкупить государственное или коммунальное имущество.

3. Государственно-частные предприятия – распространенная форма партнерства государства и частного бизнеса. В зависимости от структуры и характера совместного капитала они могут быть либо акционерными обществами, либо совместными предприятиями с долевым участием сторон. В качестве акционеров в АО могут выступать органы государства и частные инвесторы. Возможности частного партнера в принятии самостоятельных административно-хозяйственных решений определяются, как правило, долей в акционерном капитале. Риски сторон также распределяются в зависимости от ее величины.

4. Соглашение о разделе продукции.

Суть соглашения о разделе продукции сводится к следующему: государство предоставляет инвестору исключительные права на пользование недрами на определенном участке, а инвестор осуществляет разработку предоставленных недр за свой счёт и на свой риск. С начала промышленной добычи минерального сырья инвестор получает право на компенсацию своих затрат за разработку месторождения. Оставшаяся после возмещения этих затрат продукция является прибыльной и подлежит разделу между сторонами (государством и инвестором) по условиям соглашения. Инвестор обязан платить налог на прибыль со своей доли прибыльной продукции.

В настоящее время большинство специалистов проводят четкое деление соглашений частных инвесторов с принимающими странами на две основные категории: концессии и контракты (подрядные соглашения). К числу последних относят соглашения о разделе продукции и сервисные

соглашения с риском и без риска. Такое четкое деление мы находим, в частности, в работах С. А. Сосны, А. В. Кирина и других [4, 5]. Однако есть сторонники и другой точки зрения. Например, Н. Г. Доронина, Б. Д. Ключкин считают, что соглашения о разделе продукции являются разновидностью концессионного договора [6, 7].

5. Концессионные соглашения (договоры).

На территории Республики Беларусь возможность осуществления инвестиционной деятельности на основе договора концессии впервые была предоставлена Законом Республики Беларусь от 29 мая 1991 года «Об инвестиционной деятельности в Республике Беларусь» [8]. Однако в правовом поле отсутствовали нормы, закрепляющие признаки, механизм заключения и исполнения таких договоров. Более детальную регламентацию концессионные отношения получили с принятием 22 июня 2001 года Инвестиционного кодекса Республики Беларусь (далее – ИК) [9]. Раздел 3 ИК «Особенности осуществления инвестиционной деятельности на основе концессии» закрепил понятие, субъектный и объектный состав, содержание, виды, порядок заключения концессионных договоров. Принятие ИК позволило: сделать законодательство этой сферы обзримым и удобным для фактического применения; создать стройную и взаимосвязанную иерархию актов, в которой можно было бы, исходя из основных решений, получить точные данные об окончательном, детальном решении вопроса в подзаконном нормировании; в иерархии нормированного регулирования выдержать требования последовательного соответствия актов нижестоящего ранга актам вышестоящих органов; достигнуть стабильности законодательства за счет регулирования большей части инвестиционных отношений посредством закона. Однако, несмотря на наличие правового регулирования отношений в области концессий, за период действия ИК не было заключено ни одного концессионного договора, на основании чего был сделан вывод о том, что действующие нормы недостаточно регулируют отношения в области концессий и не создают условий для привлечения инвесторов, которые готовы работать в рамках концессионных договоров.

Мировой опыт показывает, что концессии – одна из наиболее развитых, рыночных и комплексных форм партнерства государства и частного сектора, характерными отличительными чертами которой являются многоцелевой и долгосрочный характер, что позволяет государству и частному инвестору осуществлять стратегическое прогнозирование и планирование своей деятельности; высокая степень свободы инвестора в принятии инвестиционных, административно-правовых и управлен-

ческих решений; перераспределение рисков в концессионных проектах между всеми его участниками, благодаря чему существенно повышается их хозяйственная жизнеспособность.

Концессионные договоры и их разновидности, заключаемые государством с частным инвестором, образуют систему соглашений, которая может стать альтернативой существующей в настоящее время разрешительной системы. При этом административный метод регулирования сохраняется в форме лицензии и лицензионного соглашения, а в отношениях, основанных на равенстве сторон, наиболее приемлемым является заключение концессионных договоров.

В целях повышения инвестиционной привлекательности государства посредством создания условий для практической реализации концессионных проектов 12 июля 2013 года был принят Закон Республики Беларусь «О концессиях» (далее – Закон), устанавливающий правовые основы осуществления инвестиций на основе концессий на территории Республики Беларусь [10].

Ст. 1 Закона определяет концессию как основанное на концессионном договоре право владения и пользования объектом концессии или право на осуществление вида деятельности. Под концессионным договором понимается письменное соглашение, в силу которого одна сторона (концедент) обязуется предоставить другой стороне (концессионеру) на возмездной или безвозмездной основе на определенный срок право владения и пользования объектом концессии или право на осуществление вида деятельности. На основании данных определений не представляется возможным раскрыть сущность концессионных отношений, не проведя анализ таких категорий как «концедент», «концессионер», «объект концессии».

Важной отличительной чертой концессии является то, что стороной в правоотношении всегда является государство, а разрешение на осуществление деятельности связано с монопольным правом государства на объект деятельности (вещей, находящихся в государственной собственности, или вещей, изъятых из оборота), либо на занятие деятельностью, являющейся прерогативой государства.

Под концедентом согласно Закона понимаются Республика Беларусь или ее административно-территориальная единица, от имени которых выступают концессионные органы, заключившие концессионный договор с концессионером.

Законодательное закрепление возможности заключения коммунальных концессионных договоров (ИК не допускал заключения концес-

сионных договоров с административно-территориальными единицами) позволит привлечь к решению общественно значимых задач многочисленных не столь крупных, но экономически устойчивых инвесторов, а также на основании анализа результатов их функционирования уточнить нормативные требования к более масштабным инвестиционным проектам. Организация в отношении объектов коммунальной собственности концессий (например, в сферах ЖКХ, обслуживания объектов социальной инфраструктуры и т.д.), то есть делегирование ряда концессионных полномочий Правительства Республики Беларусь (или уполномоченного им республиканского органа государственного управления) органам местного управления и самоуправления позволит расширить, как перечень концессионных объектов, так и круг потенциальных инвесторов (за счёт представителей среднего и мелкого бизнеса), более активно привлекать в процесс инвестирования национального инвестора, поскольку крупные концессионные проекты способны осуществить преимущественно иностранные компании. Коммунальные концессии могут быть рассмотрены и как средство адаптации концессионных соглашений в современных экономических условиях Республики Беларусь на местном уровне.

Как показывает мировой опыт концессионной деятельности, концессионер всегда является лицом частным и вне зависимости от степени участия в осуществлении публичных функций, никогда сам не становится и не может стать публично-правовым образованием или его органом.

Концессионерам могут предоставляться исключительные права, которым соответствует обязанность субъекта власти не заключать договоры с аналогичными субъектами хозяйствования.

Вопрос о юридическом статусе концессионера, предпочтении государственного или частного инвестора является сложным и дискуссионным. Имеется много факторов, включая проблемы финансирования, собственности, возврата инвестиций, социально-экономической целесообразности, которые определяют поведение государства в этом важном вопросе.

В соответствии с принципами классической политэкономии частная компания более эффективна в своей деятельности, чем государственная. Однако в то же время с точки зрения рисков финансирования и кредитования банки и другие кредитные институты предпочитают иметь дело с государством, если предоставляется такая возможность, поскольку гарантии возврата средств в этом случае выше, а риски меньше. Некоторые обстоятельства и аргументы в пользу того или иного типа концессионера часто сами находятся в противоречии.

Компания концессии не обязательно всегда должна быть частной, чтобы быть эффективной. Правительство вправе создавать отдельное юридическое лицо со статусом государственной или смешанной компании, которая будет осуществлять финансовые операции и применять правила управления, подобные тем, что используются и в частном секторе. Это юридическое лицо может заимствовать финансовые средства, возмещая долги (займы и проценты по ним) из источника дохода, как и любая другая частная фирма.

Такой подход часто используется за рубежом. Он позволяет обойти свойственные государству ограничения статуса, освободиться от излишней зарегулированности деятельности, регламентации и подчиненности, присущей государственной компании. Тем самым создаются условия для повышения эффективности государственного участия в реализации концессионных проектов.

Концессионерами согласно Закона выступают инвесторы, за исключением государственных юридических лиц, заключившие концессионный договор с Республикой Беларусь или ее административно-территориальной единицей.

Закон Республики Беларусь от 12 июля 2013 года «Об инвестициях» (далее – Закон об инвестициях) относит к инвесторам граждан Республики Беларусь, иностранных граждан и лиц без гражданства, постоянно проживающих в Республике Беларусь, в том числе индивидуальных предпринимателей, а также юридические лица Республики Беларусь, иностранных граждан и лица без гражданства, постоянно не проживающих в Республике Беларусь, граждан Республики Беларусь, постоянно проживающих за пределами Республики Беларусь, иностранные и международные юридические лица (организации, не являющиеся юридическими лицами), которые осуществляют инвестиции на территории Республики Беларусь [11]. Ст. 5 Закона об инвестициях выделяет концессии в качестве способа осуществления инвестиций.

Отличительным признаком концессии является особый круг объектов договорных отношений. Во многих странах концессионные объекты относятся к публично-правовым государственным и муниципальным видам имущества. В частности, французская правовая теория нередко использовала для обозначения этой категории имущества специфическое понятие административной собственности государства, обслуживаемое отдельным корпусом норм административного права и особой ветвью правосудия – административной юстицией [4, с. 59].

Объекты, образующие государственную собственность государства и иных властных институтов независимо от того, как они конкретно ква-

лифицируются законодательством в разных правовых системах, разнообразны по своей имущественной природе и потребительским свойствам. К ним в первую очередь следует отнести категорию объектов, которые в тех же странах континентального права именуются имуществами общего пользования, т.е. по чисто объективным признакам в силу природных свойств они изначально не могли находиться в чьей-либо частной собственности, а, напротив, могли пребывать только в общественной собственности, чтобы пользоваться ими были в состоянии все члены общества или, так называемого, территориального коллектива (коммуны, муниципии). Их основу образовали известные еще со времени римского права «общие для всех вещи» (воздух, солнце, море, проточная вода, общественные пути сообщения и т.п.), а также «государственные» вещи, религиозные вещи и др.

Основные положения правового режима подобных объектов определяются следующими фундаментальными признаками — их общественной природой и невозможностью присвоения в частную собственность. Так, в соответствии с законодательством многих стран континентального права, имущества общего пользования неотчуждаемы и неотъемлемы, вследствие чего они не могут быть подвергнуты судебному аресту, в отношении их не существует сроков давности владения, на них не устанавливаются сервитуты. Это означает ограниченную оборотоспособность таких объектов либо полное исключение из гражданского оборота, что, в свою очередь, ограничивает возможности их использования на рыночных, конкурентных основах.

В целом концессионная деятельность должна способствовать совершенствованию существующих методов управления государственным имуществом и эффективному его использованию.

Согласно ст. 3 Закона объектами концессии могут являться объекты, составляющие в соответствии с Конституцией Республики Беларусь исключительную собственность государства (недра, воды, леса), объекты, находящиеся только в собственности государства, виды деятельности.

Новеллой концессионного законодательства Республики Беларусь является деление объектов концессии на две группы:

- объекты концессии административно-территориальных единиц — объекты концессии, находящиеся в коммунальной собственности, за исключением объектов концессии, сведения о которых составляют государственные секреты, и объектов концессии, имеющих стратегически важное значение для Республики Беларусь;

• объекты концессии Республики Беларусь – объекты концессии, находящиеся в республиканской собственности, а также иные объекты концессии, находящиеся в собственности государства и не относящиеся к объектам концессии административно-территориальных единиц, виды деятельности, за исключением объектов концессии, сведения о которых составляют государственные секреты, и объектов концессии, имеющих стратегически важное значение для Республики Беларусь.

Закон Республики Беларусь «Об объектах, находящихся только в собственности государства, и видах деятельности, на осуществление которых распространяется исключительное право государства» закрепляет перечень объектов, которые могут передаваться в пользование на концессионной основе [12]. Однако на сегодняшний момент согласно положений Указа Президента Республики Беларусь от 28.01.2008г. №44 (ред. от 09.07.2012) данный перечень утвержден лишь в отношении участков недр, предлагаемых для передачи в концессию [13].

В качестве наиболее перспективных объектов концессионных соглашений представляется возможным выделить:

• автомобильные дороги и инженерные сооружения транспортной инфраструктуры, в том числе мосты, путепроводы, тоннели, стоянки автотранспортных средств, пункты пропуска автотранспортных средств, пункты взимания платы с владельцев грузовых автотранспортных средств;

• объекты железнодорожного транспорта;
• объекты трубопроводного транспорта;
• речные порты, в том числе гидротехнические сооружения портов, объекты их производственной и инженерной инфраструктур;

• аэродромы или здания и (или) сооружения, предназначенные для взлета, посадки, руления и стоянки воздушных судов;

• объекты производственной и инженерной инфраструктур аэропортов;

• объекты единой системы организации воздушного движения;

• гидротехнические сооружения;

• объекты по производству, передаче и распределению электрической и тепловой энергии;

• системы коммунальной инфраструктуры и иные объекты коммунального хозяйства, в том числе объекты водо-, тепло-, газо- и энергоснабжения, водоотведения, очистки сточных вод, переработки и утилизации (захоронения) бытовых отходов, объекты, предназначенные для освещения территорий городских и сельских поселений, объекты, предназначенные для благоустройства территорий;

- объекты, используемые для осуществления лечебно-профилактической, медицинской деятельности, организации отдыха граждан и туризма;
- объекты здравоохранения, образования, культуры и спорта и иные объекты социально-культурного и социально-бытового назначения.

Заключение. В белорусской практике используются практически все формы ГЧП, кроме концессий. В то же время концессии — это наиболее развитая, перспективная и комплексная форма партнерства. Во-первых, они, в отличие от контрактных, арендных и иных отношений, носят долгосрочный характер, что позволяет обеим сторонам осуществлять стратегическое планирование своей деятельности. Во-вторых, в концессиях частный сектор обладает наиболее полной свободой в принятии административно-хозяйственных и управленческих решений, что отличает их от совместных предприятий. В-третьих, у государства в рамках, как концессионного договора, так и законодательных норм остается достаточно рычагов воздействия на концессионера в случае нарушения им условий концессии, а также при возникновении необходимости защиты общественных интересов. В-четвертых, государство передает концессионеру только права владения и пользования объектом своей собственности, оставляя за собой право распоряжения ею.

В Республике Беларусь имеется масштабный потенциал для развития многих форм ГЧП, однако для его практической реализации необходимо решение ряда принципиальных вопросов. Во-первых, обеим сторонам партнерских отношений следует четко осознать, что эффективное ГЧП нельзя рассматривать узко, только как привлечение дополнительных ресурсов в капиталоемкие проекты властей всех уровней. Нужно учитывать реальные интересы обеих сторон. Конкретные механизмы партнерств, выработанные многолетним мировым опытом, создают основу для взаимовыгодного и ответственного распределения правомочий сторон, не ущемляющего интересы каждой из них. Однако возможные преимущества не реализуются сами собой, после принятия соответствующего нормативного пакета.

Во-вторых, необходим существенный прогресс в понимании и практической реализации публично-правовых функций государства. Пока национальное законодательство не выделяет специально публично-правовых функций и не устанавливает связи между ними и государственной собственностью. Конструкция права такова, что публично-правовые функции реализуются либо административно, либо через гражданско-правовые функции. Организовать на такой основе распределение

правомочий между сторонами партнерства невозможно. В странах с развитой рыночной экономикой накоплен большой опыт успешного применения ГЧП, который с учетом отечественной специфики можно использовать и в Республике Беларусь.

Принятие Закона Республики Беларусь «О концессиях», несомненно, должно положительно повлиять на внедрение в практику концессионного механизма осуществления инвестиционной деятельности. Законом определены цель, принципы предоставления объектов концессии в концессию, компетенция органов государственного управления в области концессий, расширен субъектный и объектный состав концессионной деятельности, определен порядок заключения и расторжения концессионных договоров, закреплен порядок разрешения споров, возникающих при исполнении, изменении и прекращении договорных концессионных обязательств.

Однако представляется возможным выделить ряд недостатков настоящего Закона, которые, на наш взгляд, не в полном объеме отражают сущность концессионных отношений и не позволят раскрыть потенциал концессий как способа привлечения инвестиций:

1. Закон прямо не указывает на гражданско-правовую природу концессионных отношений. Однако представляется, что именно гражданско-правовое наполнение концессионного договора позволяет, во-первых, вписать концессионный договор в белорусское договорное право, и, во-вторых, в конечном счете только гражданско-договорные принципы способны обеспечить права концессионера, причем не только в нынешних условиях, но и в перспективе, когда особые государственные гарантии концессионеру станут всего лишь дополнительным средством обеспечения его интересов.

2. Закон лишь косвенно отражает инвестиционный характер концессий. Однако концессионные договоры в первую очередь должны заключаться не с целью переложить бремя содержания государственного имущества на частных субъектов, а для реконструкции, модернизации объектов государственной собственности, привлечения современных технологий, методов хозяйствования и т.п. Учитывая инвестиционную природу концессий, предлагается закрепить в качестве существенного условия концессионного договора цель его заключения – осуществление инвестиционного проекта (с указанием состава, общего и минимальных промежуточных объемов инвестиций за определенный период). Соответственно неоднократное грубое нарушение данного условия может стать основанием для одностороннего расторжения концессионного договора.

3. В законе не дана характеристика и не раскрывается перечень видов деятельности, которые могут выступать объектом концессионного договора. Полномочия по его определению возложены на республиканские и местные органы государственной власти. Представляется, что данный пробел лишает потенциальных концессионеров возможности самостоятельно инициировать процесс заключения концессионных договоров в рамках регламентированного государством интереса привлечь инвестиции в тот либо иной сектор экономики.

4. Представляется целесообразным внести изменения и в типологию основных видов концессионных договоров по юридически значимым признакам. В качестве критерия классификации предлагается использовать не только закрепленный в Законе порядок расчетов с концессионером, но и предмет договора (соотв. - природоресурсные концессии, инфраструктурные концессии и концессии публичной службы), что позволит более полно учитывать специфику осуществления концессионной деятельности в отношении различных объектов концессии.

5. Поскольку концессионная договорная форма является альтернативой по отношению к существующей административно-разрешительной системе, заключение концессионного договора должно исключать необходимость дополнительного получения концессионером специальных разрешений (компетентность концессионера гарантируется конкурсным отбором). Это, с одной стороны, позволит избежать дополнительных административных процедур, а с другой, ограничивает возможность концедента одностороннего расторжения концессионного договора путем аннулирования специального разрешения.

1. Soldatenkov V. *Social functions of concessions as a form of public-private partnership: Author. Dis. ... PhD. sociologist. Sciences: 22.00.03 / V.Y. Soldatenkov; Mosk. gos. Univ. – M., 2009. – 30 p.*
2. *On the development of entrepreneurship and stimulating business activity in Belarus: Presidential Directive on 31 December 2010 № 4 // National Center of Legal Information of [electronic resource]. – Minsk, 2011. – Mode of access: <http://www.pravo.by>. – Date of access: 22. 08. 2011.*
3. Shemirzova A. *Evaluating the effectiveness of public-private partnerships and the possibilities for its use in post-crisis Russia / A.S. Shemirzova // Science and Economics. – 2010. – № 1 (1). – P. 48 – 51.*
4. Sosna S. *Concession Agreement: theory and practice / SA Pine. – M.: Nestor Academic Publishers, 2002. – 256p.*
5. Kirin A. *Legal basis for relations between the state and investors / A.V. Kirin – M.: INFRA-M, 1998. – 268 p.*

6. *Doronina N. On the question of the legal nature of concession agreements / N.G. Doronina // Law and Economics. – 1997. – № 1. – P. 52.*
7. *Klyukin B. Mining legislation in the countries of Western Europe and America / B.D. Klyukin - M.: Gorodets – izdat, 2000. – 443 p.*
8. *On investment activity in the Republic of Belarus: the Law of the Republic of Belarus, May 29, 1991 № 824-XII // Vedamastsi Vyarkhovnaga Saveta Respubliki Belarus. – 1991. – № 22 – Art. 300.*
9. *Investment Code of the Republic of Belarus: Code of the Republic of Belarus, June 22, 2001 № 37-W // National Register of Legal Acts of the Republic of Belarus. – 2001. – № 62. – 2/780.*
10. *On concessions: The Law of the Republic of Belarus, July 12, 2013 № 63-W // The national legal Internet portal of the Republic of Belarus. – 25.07.2013. – 2/2061.*
11. *On investment: Law of the Republic of Belarus, July 12, 2013 № 53-W // The national legal Internet portal of the Republic of Belarus. – 07.23.2013. – 2/2051.*
12. *On objects that are wholly owned by the state, and the types of activity for which the exclusive right of the State: Act of July 15, 2010 № 169-W // Nat. Register of the Resp. Belarus. – 2010. – № 184. – 2/1721.*
13. *Approval of the list of objects offered for transfer to the concession: Presidential Decree, January 28, 2008 №44 // National Register of Legal Acts of the Republic of Belarus. – 2008. – № 29. – 1/9394.*

Кудель Д. А. Концессионный договор как перспективная форма государственно-частного партнерства по законодательству республики Беларусь.

В настоящее время в большинстве отраслей экономики Республики Беларусь происходят процессы структурных изменений и развития новых хозяйствующих субъектов. При этом все более значимую роль начинают играть структуры, функционирующие на основе государственно-частного партнерства. Важнейшей формой такого рода партнерства является концессия, которая реально может стать инструментом для интенсификации социально-экономического развития Республики Беларусь, реструктуризации экономики в сторону развития производственного и инновационного секторов.

Ключевые слова: государственно-частное партнерство, концессия, концессионный договор, понятие концессионного договора, содержание концессионного договора, концессионер, концедент, объект концессии.

Кудель Д. А. Концесійний договір як перспективна форма державно-приватного партнерства за законодавством республіки Білорусь.

В даний час у більшості галузей економіки Республіки Білорусь відбуваються процеси структурних змін і розвитку нових господарюючих суб'єктів. При цьому все більш вагому роль починають відігравати структури, що функці-

онують на основі державно-приватного партнерства. Найважливішою формою такого роду партнерства є концесія, яка може стати ефективним інструментом для інтенсифікації соціально-економічного розвитку Республіки Білорусь, реструктуризації економіки в напрямку розвитку виробничого та інноваційного секторів.

Ключові слова: державно-приватне партнерство, концесія, концесійний договір, поняття концесійного договору, зміст концесійного договору, концесіонер, концедент, об'єкт концесії.

Kudzel D. Concession contract as a perspective form of public-private partnership under the legislation of the republic of Belarus.

In the Belarusian practice used by almost all forms of public-private partnership, other than concessions. At the same time the concession - it is the most extensive, forward-looking and comprehensive form of partnership. In order to increase the investment attractiveness of the state through the creation of conditions for the practical implementation of concession projects July 12, 2013 adopted the Law of the Republic of Belarus «On Concessions», which establishes the legal framework for the implementation of investments on the basis of concessions in the Republic of Belarus. The necessity of its adoption was caused by finding the most optimal way to manage state and municipal property. Given that the object of the concession agreement are objects of particular importance for the life of the population, on the one hand, and require significant costs for their maintenance, on the other hand, there was a need to establish a legal form of private investment in such facilities. As shown by foreign practice, the concession agreement is quite effective legal instrument for regulating the relations of the state with private investors.

Keywords: public-private partnership, concession, the concession contract, the concept of the concession contract, the content of the concession contract, concessionaire, concedent, the object of the concession.

Мартыненко И.Э.

кандидат юридических наук, доцент, Гродненский государственный университет имени Янки Купалы (Республика Беларусь), заведующий кафедрой гражданского права и процесса

Martynenka I.E.

Head of the Department of Civil Law and Procedure of Yanka Kupala Grodno State University

ВОЗМЕЩЕНИЕ УЩЕРБА, ПРИЧИНЕННОГО ОБЪЕКТУ КУЛЬТУРНОГО НАСЛЕДИЯ: ВОЗМОЖНОСТЬ ИСПОЛЬЗОВАНИЯ ОПЫТА УКРАИНЫ В ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВЕ РЕСПУБЛИКИ БЕЛАРУСЬ

УДК 346.26:719:341.355.22

Историческое и культурное наследие Украины составляет важнейшую часть общемировой культуры. История украинского народа, его обычаи, культурные и национальные традиции неоднократно подвергались влиянию разных народов. Свидетельством этого являются следы нескольких культурно-исторических эпох, обнаруженные в разных уголках страны. Во всех городах Украины сохранились великолепные архитектурные и культурные ансамбли, созданные мастерами прошлых цивилизаций. Сегодня они составляют историческое наследие украинского народа [1].

Украина принадлежит к числу трех государств-участников СНГ, которые приняли специальный закон об охране археологического наследия. Такие законы введены в действие в Республике Узбекистан и Республике Молдова. В остальных странах Содружества вопросы охраны и использования объектов археологического наследия решаются в общем законе об охране историко-культурного наследия и на уровне правительственных постановлений.

Несмотря на определенную изученность проблем охраны культурного наследия [2], в науке фактически не разработан **вопрос возмещения ущерба, причиненного памятнику археологии**. Особенность права на возмещение ущерба, нанесенного памятникам археологии, связана с тем,

что оно имеет своей задачей защиту уже *нарушенного* права на пользование культурными ценностями. По своей правовой природе отношения по возмещению ущерба, нанесенного памятнику археологии, относятся к гражданско-правовым. Однако гражданский кодекс не устанавливает специальных правил реализации данного института.

По источнику происхождения причиненный памятнику вред характеризуется как антропогенный, нанесенный в форме внешнего воздействия, а по характеру проявления затрагивает культуру и науку, а также духовную составляющую человека. Именно поэтому возмещение ущерба, нанесенного памятнику археологии, не может строиться только на материальных параметрах объема культурного слоя памятника.

Ущерб, нанесенный памятнику археологии, состоит в разрушении внешнего слоя или подземной его части, разрушении органических и неорганических составляющих физическими процессами и/или явлениями и химическими веществами. Характеристика ущерба включает юридически значимые признаки, которые отражают особенности, относящиеся к источнику его происхождения, способам причинения и формам проявления [3].

Субъектами разрушения выступают юридические и физические лица. Как показывает практика, в большинстве случаев ущерб причиняется в результате деятельности субъектов хозяйствования, для которых воздействие на культурную и природную среду является неизбежной частью их производственной деятельности (например, предприятия по прокладке и устройству трубо-, газопроводов, строительные организации, предприятия агропромышленного комплекса и т.п.).

Что касается физических лиц, то граждане причиняют ущерб памятникам по неосторожности как вследствие своей неосведомленности о культурной ценности объекта и режимах его охраны, так и умышленно осуществляя нелегальные раскопки с корыстной целью – добычи древних предметов и их дальнейшей реализации.

Ущерб памятникам археологии может быть нанесен в результате техногенной катастрофы, стихийного бедствия. При этом в качестве ущерба рассматривается любое физическое воздействие на памятник археологии, повлекшее разрушение его целостности и аутентичности (в результате как очевидного, внешнего и подземного воздействия, так и вследствие изменения качества культурного слоя).

Установление причин и условий нанесения ущерба памятнику археологии включает подтверждение связи между правонарушением в области охраны памятников и размера причиненного ущерба. Сущность его со-

стоит в том, чтобы объективно определить среди множества других влияющих условий долю именно данного фактора в размере ущерба с тем, чтобы не заявлять неадекватных материальных требований к ответчику.

В связи с тем, что памятник археологии в принципе не может быть восстановлен, так как он разрушается навсегда, возмещение ущерба представляет собой компенсацию за его объем, научную и культурную значимость, а также консервационные работы.

Материальный ущерб может определяться как сумма следующих слагаемых: а) стоимости затрат на научное исследование памятника после его разрушения; б) стоимости утраченных предметов, которая может устанавливаться исходя из сложившейся страховочной или каталожной стоимости на аналоговые предметы; в) стоимости консервационных работ по восстановлению памятника.

При расчете стоимости работ могут быть использованы проектно-сметная и научная документация предыдущего исследования памятника, материалы исследований памятников, аналогичных объекту экспертизы (по типу, мощности культурного слоя, степени сохранности и другим показателям). Кроме того, в стоимость полноценного научного исследования памятника должны быть включены камеральная обработка материала и составление научного отчета.

Составной частью оценки ущерба, причиненного памятнику археологии, являются *специальные факторы*, отражающие культурную атрибуцию памятника, насыщенность культурного слоя артефактами и их ценность. Специальные факторы представляются в виде следующих коэффициентов:

а) коэффициент культурной ценности памятника археологии. Должна учитываться классификация историко-культурных ценностей (объектов культурного наследия) по степени их культурной значимости на: памятники Всемирного культурного и природного наследия; памятники, имеющие международное, национальное или местное значение;

б) коэффициент охраны памятника (стоящий на временном учете; включенный в Государственный список и др.);

в) коэффициент сохранности памятника.

В результате максимальный ущерб определяется на основе материального и применяемых коэффициентов специального фактора и представляет собой произведение из трех множителей.

Реализация изложенных выше формул будет способствовать, как представляется, обеспечению достижения реального результата правоохранительной деятельности – защите историко-культурного наследия.

Опыт определения материального ущерба имеется на Украине. Нормативы и методика денежной оценки памятников утверждены постановлением Кабинета Министров Украины от 26 сентября 2002 г. № 1447 «Про затвердження Методики грошової оцінки пам'яток».

Результаты исследования позволяют сформулировать следующие **предложения**.

1. Эффективность правоохранительной деятельности снижается из-за недостатков законодательства, регулирующего охрану и использование археологического наследия. Поэтому, компенсируя недостатки в нормативно-правовом регулировании производства археологических исследований, с целью предотвращения нелегальных раскопок памятников археологии в Республике Беларусь необходимо принять закон «Об охране археологического наследия». В законе следует отразить следующие концептуальные положения: управление археологическим наследием; государственный учет памятников археологии; виды и принципы научного исследования археологического наследия; право на проведение археологических раскопок; компетенция Национальной академии наук, статус и полномочия Полевого комитета; формы участия общественности в охране археологического наследия; права и обязанности исследователя; собственность на археологические предметы; ответственность за нарушения законодательства об охране археологического наследия.

Непосредственно в законе следует закрепить концептуальные положения, имеющие важное значение:

- право собственности на памятники археологического наследия, поставленные на государственный учет, принадлежит государству;
- археологическое наследие не подлежит приватизации, продаже, передаче в аренду с последующим выкупом и иным не предусмотренным законодательством видам пользования.

Требуется новое определение понятия «культурный слой». В настоящее время культурный слой определяется как слой земли, который сформировался в результате жизни и деятельности человека. Как представляется, под культурным слоем следует понимать *слой в земле или под водой, содержащий следы существования человека, время возникновения которых превышает сто лет, включающий археологические предметы*.

2. В связи с тем, что собственника культурных ценностей, приобретенных в результате незаконно проведенных археологических раскопок, определить не представляется возможным, совершение таких раскопок нельзя квалифицировать как хищение. Следовательно, привлечь лицо, незаконно изъявшее культурную ценность из места раскопок, к уголов-

ной ответственности за хищение невозможно. Рассматриваемые деяния также по причине отсутствия собственника не образуют состава вымогательства, причинения имущественного ущерба путем обмана или злоупотребления доверием. Следовательно, **необходимо криминализовать производство нелегальных раскопок археологических объектов.**

Как представляется, законодатель может пойти по пути внесения изменений в уголовно-правовую норму, устанавливающую ответственность за разрушение, уничтожение или повреждение памятника культуры (имеется в виду ст. 344 УК Республики Беларусь). Это может быть самостоятельная часть этой статьи, в которой в качестве квалифицирующего признака предусмотрена ответственность за *действия, приведшие к разрушению, уничтожению или повреждению памятника, совершенные с целью поиска археологических предметов или останков воинского захоронения*. Более строгая ответственность должна наступать в случае совершения тех же действий должностным лицом, в полномочия которого входит осуществление профессиональной экспедиционной деятельности по исследованию археологического наследия либо увековечению памяти защитников Отечества и жертв войн.

По этому пути пошел законодатель Украины: в соответствии со ст. 43 Закона Украины «Про охорону культурної спадщини» в редакции Закона от 9 сентября 2010 г. № 2518-VI введена уголовная ответственность за совершение следующих преступлений: незаконное проведение археологических разведок, раскопок, других земляных или подводных работ на объекте археологического наследия наказуемо по ч. 1 ст. 298 УК Украины, а умышленное незаконное уничтожение, разрушение или повреждение объектов культурного наследия или их частей, совершенные с целью поиска движимых предметов, происходящих из объектов археологического наследия – по ч. 4 ст. 298 УК Украины.

Может быть предложен и другой вариант: установление уголовной ответственности за *незаконные поиск и (или) изъятие археологических предметов из мест залегания* в виде самостоятельной (новой) уголовно-правовой нормы (это может быть ст. 344-1 УК Республики Беларусь).

Реализация на практике этих норм создаст определенный барьер на пути производства нелегальных раскопок археологических объектов, незаконного кладоискательства и несанкционированных раскопок воинских захоронений.

До внесения иницилируемых изменений в уголовное законодательство правоохранительная деятельность должна быть направлена на привлечение к ответственности лиц, производящих нелегальные раскопки, на ос-

новании норм действующего законодательства по ст. 344 УК Республики Беларусь. Поиск и извлечение металлических изделий из культурного слоя памятников археологии с помощью металлоискателей, без закладки археологического раскопа или шурфа даже при наличии *Разрешения на производство раскопок и разведок* (открытого листа) по соответствующим формам следует квалифицировать как уничтожение или повреждение историко-культурных ценностей (памятников истории и культуры), ответственность за совершение которых наступает по ст. 344 УК Республики Беларусь.

Методически правоохранительными органами нелегальные раскопки могут отслеживаться, во-первых, по состоянию археологических памятников, т.е. по отвалам и котлованам на древних поселениях и могильниках, во-вторых, по количеству и составу археологических древностей на антикварном рынке, в-третьих, по многочисленным кладоискательским сайтам в Интернете. Учет этих обстоятельств позволяет реально пресечь нелегальные раскопки.

Необходимо нормативно упорядочить архивно-фондовое хранение археологических предметов, что позволит ликвидировать условия нелегального рынка археологических находок.

3. Целесообразно установить административную ответственность за ведение археологических разведок или раскопок без разрешения, введя новую норму в Кодекс об административных правонарушениях следующего содержания:

«Ведение археологических разведок или раскопок без разрешения

Ведение археологических разведок или раскопок без полученного в установленном порядке разрешения (открытого листа), если эти действия не содержат уголовно наказуемого деяния либо с нарушением условий, предусмотренных разрешением (открытым листом), – с конфискацией предметов, добытых в результате раскопок, а также инструментов и оборудования, использованных для разведок или раскопок».

Санкция данной нормы должна предусматривать **конфискацию** предметов, добытых в результате незаконных раскопок, а также инструментов и оборудования, использованных для их проведения.

4. Уникальные исторические ценности перепродаются в антикварных лавках, с использованием Интернета. Высокая ценность отдельных предметов археологии в частных руках создает атмосферу элитарности их обладателям, которым важна не столько стоимость предмета, сколько его презентация как древней вещи. Поэтому требуется *установить ограничения доступа пользователей интернет-услуг к информации, за-*

прецедентной к распространению в соответствии с законодательными актами, содержание которой направлено на пропаганду преступных форм кладоискательства.

5. Для более эффективной правоохранительной деятельности по борьбе с нелегальными раскопками требуется принятие нормативного акта, регулирующего продажу и использование металлодетекторов. Использование специального оборудования на археологических объектах допускается только при наличии специального разрешения, выданного уполномоченным учреждением.

6. Необходимо урегулировать порядок и условия совершения сделок с археологическими предметами (под археологическими предметами понимаются движимые вещи, основным или одним из основных источников информации о которых независимо от обстоятельств их обнаружения являются археологические раскопки или находки, в том числе предметы, обнаруженные в результате таких раскопок или находок).

7. Целесообразно установить новые правила определения правовых последствий обнаружения клада: собственник земельного участка или иного имущества, где клад был сокрыт, и лицо, обнаружившее клад, имеют право на получение вознаграждения *в размере стоимости клада*. Вознаграждение распределяется между этими лицами в равных долях.

8. Считаю, что целесообразно организовать обучение в учреждениях образования и в системе повышения квалификации кадров по различным правовым аспектам охраны, использования и восстановления историко-культурного, в том числе археологического, наследия [4, с.233].

1. *Cultural heritage of Ukraine: problems of researches that the measures aimed at preserving / IR-t star of NAS of Ukraine, Ukraine. – К., 1998. – 399 p.*
2. *Akulenko, V. I. Problems of formation and development of the legislation on protection of monuments of culture of Ukraine (1917-1991 PP.): dis. ... : 12.00.01 / V. I. Akulenko. – Republican, 1992. – 51 p.*
3. *The method of estimating the value of real damage to archaeological monuments / comp. C. C. Gusev, P. M. Shulgin, A. C. Zagorulko. – М. : Institute of heritage, 2003. – 32 P.*
4. *Martynenko, I. E. New educational program in the field of legal protection of historical and cultural heritage of the countries of the CIS // Monument views of young scientists of the XXI century (collection of scientific articles on preservation work). -Kharkov: Cursor, 2010. – Issue 1. – P. 233 – 236.*

Мартыненко И. Э. Возмещение ущерба, причиненного объекту культурного наследия: возможность использования опыта Украины в законодательстве республики Беларусь.

Рассматриваются проблемы правовой охраны исторического и культурного наследия. Автор с учетом опыта Украины и других стран СНГ предлагает меры по оптимизации законодательства Республики Беларусь. Комплексный анализ законодательства об охране культурного наследия позволил предложить инновационную методику расчета ущерба, причиненного памятнику археологии, посредством математических формул. Выводы и рекомендации могут быть использованы: в практической правоохранительной деятельности в целях предотвращения нелегального оборота предметов археологии; в судебной деятельности при рассмотрении гражданских дел, связанных с возмещением причиненного памятнику истории и культуры ущерба; в законотворчестве при разработке новых законодательных актов в сфере охраны археологического наследия; в учебном процессе при подготовке специалистов для памятникоохранной деятельности.

Ключевые слова: культурное наследие, культурные ценности, памятник культуры, собственность, археология.

Мартиненко І. Е. Відшкодування шкоди, заподіяної об'єктам культурної спадщини: можливість використання досвіду України в законодавстві республіки Білорусь.

Розглядаються проблеми правової охорони історичної та культурної спадщини. Автор з урахуванням досвіду України та інших країн СНД пропонує заходи щодо оптимізації законодавства Республіки Білорусь. Комплексний аналіз законодавства про охорону культурної спадщини дозволив запропонувати інноваційну методику розрахунку шкоди, заподіяної пам'ятникам археології, за допомогою математичних формул. Висновки та рекомендації можуть бути використані: у практичній правоохоронній діяльності з метою запобігання нелегальному обігу предметів археології; у судовій діяльності при розгляді цивільних справ, пов'язаних з відшкодуванням заподіяної шкоди пам'ятникам історії та культури; у законотворчості при розробці нових законодавчих актів у сфері охорони археологічної спадщини; у навчальному процесі для підготовки фахівців у даній сфері.

Ключові слова: культурна спадщина, культурні цінності, пам'ятник культури, власність, археологія.

Martynenka I. E. The damages caused to the cultural heritage: the possibility of using the experience of Ukraine in the legislation of the Republic of Belarus.

In the article it discusses the problems of legal protection of historical and cultural heritage. The author based on the experience of Ukraine and other CIS countries offers measures to optimise the legislation of the Republic of Belarus. A comprehensive analysis of the legislation on protection of cultural heritage has enabled us to offer an innovative method of calculation of damage caused to the archaeological monument, by means of mathematical formulas.

Conclusions and recommendations can be used in practical law enforcement in order to prevent the illegal trafficking of archaeology; in judicial activities in civil cases related to compensation for damage caused to the monument of history and culture of the damage; in lawmaking in the development of new legislative acts in the sphere of protection of the archaeological heritage in the educational process of training specialists in the field of protection of historical and cultural heritage.

Keywords: cultural values, cultural heritage, the property, monument of culture, property, archaeology.

Первомайський О.

кандидат юридичних наук, доцент кафедри цивільного права Київського національного університету імені Тараса Шевченка, старший науковий співробітник Науково-дослідного інституту приватного права і підприємництва імені академіка Ф.Г. Бурчака Національної академії правових наук України

Pervomayskiy O.

candidate of legal sciences, docent of civil law department of Taras Shevchenko National University of Kyiv, senior research scientist of Academician Burchak F.G. Private Law and Entrepreneurship Research Institute of National Academy of Law Science of Ukraine

СУЧАСНІ ПРОБЛЕМИ ЗАСТОСУВАННЯ ЦИВІЛЬНОГО ТА ГОСПОДАРСЬКОГО КОДЕКСІВ В РЕГУЛЮВАННІ ПРИВАТНИХ ВІДНОСИН ЗА УЧАСТЮ СУБ'ЄКТІВ ПУБЛІЧНОГО ПРАВА

УДК 347+341.1

У будь-якому порівняльному дослідженні чинних Цивільного і Господарського кодексів України принципово важливим є врахування двох важливих обставин.

По-перше, всупереч положенню ч. 1 ст. 4 Господарського кодексу України (далі – ГК України), відповідно до якого не є предметом регулювання цього кодексу адміністративні та інші відносини з управління за участю суб'єктів господарювання, ГК України все ж спрямований на врегулювання адміністративних відносин, у тому числі за участю держави України та інших подібних суб'єктів. Тобто ГК України фактично робить спробу одночасного регулювання приватних (цивільних) і публічних (адміністративних) відносин. Внаслідок цього, практика регулювання, наприклад, у статтях 16, 18, 20 ГК України, господарсько-адміністративних відносин за участю держави Україна не може бути використана для її порівняльного дослідження з практикою застосування положень

Цивільного кодексу України (далі – ЦК України) в частині, що стосується участі в цивільних відносинах таких потенційних учасників приватних відносин як держави Україна, територіальних громад та інших суб'єктів публічного права, оскільки подібне порівняння є некоректним.

По-друге, слід констатувати нетотожність систематики учасників цивільних і господарських відносин, що закріплюють, з одного боку, ЦК України, а з іншого боку, ГК України. Якщо згідно з ЦК України таку систематику складають фізичні та юридичні особи (суб'єкти приватного права) і держава Україна, територіальні громади та інші суб'єкти публічного права (ст. 2 ЦК України), то ГК України легально закріплює існування іншої систематики учасників відносин у сфері господарювання (ст. 2 ГК України), у своєрідному змістовному центрі якої перебуває не поняття *особи* чи хоча б *юридичної особи*, а поняття *суб'єкта господарювання* (ст. 55 ГК України). Унаслідок чого цивілістична дискусія щодо наявності або відсутності у держави Україна та інших подібних суб'єктів статусу особи та (або) юридичної особи в господарському праві втратила сенс, оскільки держава Україна та інші суб'єкти публічного права порівнюються з вказаним вище поняттям суб'єкта господарювання. Власне тому, в ч. 1 ст. 8 ГК України прямо вказується на те, що держава Україна, органи державної влади та органи місцевого самоврядування *не є суб'єктами господарювання*, й жодне положення ГК України не витлумачує співвідношення понять держава Україна та інших суб'єктів публічного права з поняттям юридичної особи.

Більш того, ГК України навіть не використовує легально закріплені в ЦК України поняття і терміни «суб'єкт публічного права» та, похідні від них поняття і термін «юридична особа публічного права». Натомість у ГК України пропонується достатньо широкий перелік інших понять і термінів, що стосуються учасників господарських відносин, зокрема *господарська організація, підприємство, суб'єкт, наділений господарською компетенцією, суб'єкти господарювання в державному секторі економіки, суб'єкти управління в державному секторі економіки* тощо, визначення співвідношення яких із поняттями суб'єкта цивільного права та учасника цивільних відносин є достатньо проблематичним.

З урахуванням висловлених передумов порівняльного дослідження ЦК і ГК України, аналізуючи десятирічний досвід їх одночасного застосування в частині регулювання участі в приватних відносинах таких суб'єктів, як держава Україна, територіальних громад сіл, селищ та міст, Автономної Республіки Крим, іноземних держав та інших суб'єктів публічного права, можна зазначити наступне.

Розробка проектів двох кодексів, їх подальше ухвалення та набуття ними чинності відбулося з урахуванням положень Конституції України 1996 року. Внаслідок чого чинний ЦК України й передбачив не лише такого можливого учасника цивільних відносин, як *держава Україна* (ч. 2 ст. 2, 167, 170, 174, 326, 353, 354, ч. 2 ст. 356, 1173-1176, 1177 ЦК України), а й таких учасників цивільних відносин як *Український народ* (ст. 318, 324 ЦК України), *Автономна Республіка Крим* (ч. 2 ст. 2, 167, 170, 174, 1173-1176, ЦК України), *територіальні громади* (ч. 2 ст. 2, 167, 170, 174, 327, 335, ч. 2 ст. 356, 1173-1175, 1277 ЦК України). При цьому, якщо державу Україна і територіальні громади в сьогоденні вже можна розглядати фактичними учасниками цивільних відносин, які щоправда в абсолютній кількості випадків лише опосередковано, тобто через свої органи або інших представників, беруть участь у цивільних відносинах, то виокремлення в тексті ЦК України таких учасників цивільних відносин, як Український народ та Автономна Республіка Крим є, на наше переконання, помилковим. Останнє судження ґрунтується на тому, що ЦК України є кодифікованим актом приватного права, що як наслідок з цього не має містити норм, спрямованих на регулювання публічних відносин. А саме такими відносинами і є конституційні відносини, що, визначаючи засади конституційного ладу, закріплюють право власності Українського народу на природні ресурси і встановлюють особливості конституційно-правового статусу Автономної Республіки Крим.

Має місце зайва активність у створенні розгалуженої систематики суб'єктів публічного права як можливих учасників цивільних відносин у положеннях ЦК України, і в тих його частинах, що фактично закріплюють легальну основу для існування такого широкого кола потенційних учасників цивільних відносин, як *органи державної влади* та *органи місцевого самоврядування*. При цьому, оскільки поняття юридичної особи, з одного боку, та органу державної влади чи органу місцевого самоврядування, з іншого боку, є нетотожними як за своїм змістом, так і за своїм функціональним призначенням, цілком обґрунтованою виглядає постановка питання про саму виправданість спірної вітчизняної традиції надання абсолютній більшості органів державної влади та органів місцевого самоврядування статусу юридичної особи, а отже й статусу самостійного учасника цивільних відносин. З врахуванням же тієї обставини, що ці органи влади не відповідають сутності юридичної особи як самостійного учасника цивільних відносин, й є лише органами іншого суб'єкта, відповідно, держави Україна чи певної територіальної громади, на часі завдання щодо перегляду згаданої вище традиції стосовно того,

що абсолютна більшість органів влади в Україні одночасно і майже «автоматично» набуває й статусу юридичної особи. Підставою для подібних пропозицій є те, що органи державної влади та органи місцевого самоврядування створюються не для їх участі в майнових відносинах, а отже надавати їм статус учасника цих відносин – юридичної особи, в переважній більшості випадків й непотрібно.

Таким чином, перспективним і правильним із позицій вдосконалення положень ЦК України в частині визначення кола суб'єктів публічного права як можливих учасників цивільних відносин є, по-перше, встановлення змісту поняття суб'єкта публічного права як потенційного учасника цивільних відносин, по-друге, відмова від визнання Українського народу та Автономної Республіки Крим учасниками цивільних відносин, по-третє, значне звуження кола органів державної влади та органів місцевого самоврядування, які можуть бути допущені до участі в цивільних відносинах як їх самостійні учасники.

Інша ситуація в аспекті визначення кола суб'єктів публічного права як можливих учасників господарських відносин склалася в тексті ГК України.

Звісно, закріплюючи власну систематику учасників відносин у сфері господарювання, що не використовує поняття суб'єкта публічного права, та роблячи спробу одночасного врегулювання приватних (цивільних) і публічних (адміністративних) відносин, ГК України все ж посилається на такого учасника господарських відносин, як держава Україна. Проте таке посилення має місце переважно в контексті владної публічної діяльності держави, а отже остання є учасником так званих господарсько-адміністративних відносин, що не є об'єктом цього дослідження. При цьому норм, що регулювали б участь держави Україна саме в приватних відносинах, чинний ГК України містить досить мало. Як приклад таких норм можуть бути наведені положення ст. 168 ГК України щодо здійснення корпоративних прав держави, хоча слід визнати, що й в цій статті йде мова не скільки про приватноправове регулювання здійснення суб'єктивного права, скільки про публічно-правові питання визначення компетенції (господарсько-правової компетенції).

Згадується в ч. 2 ст. 5 ГК України й про такого суб'єкта, як Український народ, однак таке згадування відбувається в контексті цитування положень Основного Закону України як конституційних основ правового господарського порядку. Інші ж положення ГК України не містять норм, що регулювали б участь у господарських відносинах цього суб'єкта. Тому залишається незрозумілим, чи захищує чинний ГК України Укра-

їнський народ до учасників відносин у сфері господарювання, чи лише констатує, що в такого суб'єкта, як Український народ, є право власності на природні ресурси, що є однією з конституційних основ правового господарського порядку.

Як не дивно, але подібним чином, тобто лише побічно, згадується в ГК України й про таких суб'єктів, як територіальні громади. При цьому, в ст. 2 та ст. 8 ГК України згадка про територіальні громади взагалі відсутня. Зокрема, у ч. 1 ст. 8 ГК України вказується на органи державної влади, органи місцевого самоврядування та на державу Україна. Водночас посилення на територіальні громади в тексті ГК України все ж існує, наприклад, у ч. 1 ст. 17, ч. 1 ст. 24, ч. 5 ст. 168 ГК України. Аналізуючи положення ГК України в цілому, в аспекті виявлення місця територіальних громад в систематиці учасників відносин у сфері господарювання, можна стверджувати, що ГК України надає перевагу не територіальним громадам як первинним суб'єктам місцевого самоврядування, а органам місцевого самоврядування. Наприклад, у ст. 23 ГК України вказано на регулювання відносин суб'єктів господарювання не за участю територіальних громад, а органів місцевого самоврядування. У свою чергу в ст. 177 ГК України вказується на такого учасника соціально-комунального зобов'язання, як місцева рада, а не територіальна громада. Тобто територіальна громада як суб'єкт та можливий учасник відносин у сфері господарювання фактично залишилися поза увагою тексту ГК України.

Слід відзначити, що текст ГК України, на відміну від тексту ЦК України, з незрозумілих причин ігнорує й таких потенційних учасників відносин, як Автономна Республіка Крим, іноземні держави. Оцінюючи зазначені факти, зробимо припущення, що подібне ігнорування в тексті ГК України одразу двох видів можливих учасників господарських відносин є радше певною законотворчою випадковістю для вітчизняної правової традиції, а не свідомим бажанням розробників ГК України не включати цих суб'єктів до складу учасників відносин у сфері господарювання.

На відміну від згаданих вище суб'єктів, що ігноруються текстом ГК України, органи державної влади та органи місцевого самоврядування в цьому ж кодексі, з одного боку, визнаються учасниками відносин у сфері господарювання (ст. 2 ГК України), а з іншого – не є суб'єктами господарювання (ч. 1 ст. 8 ГК України). Більш детальних положень, що розкривали б сутність цих суб'єктів, наприклад, в аспекті того «чи є вони юридичними особами публічного права?», чинний ГК України не містить.

Натомість має місце ситуація, коли за текстом ГК України відбувається не пряме ототожнення таких суб'єктів, як держава Україна та органи

державної влади. Наприклад, на відміну від положень ч. 1, 3 ст. 8 ГК України у якому одночасно згадується як держава Україна, так і органи державної влади, у ст. 2 ГК України є вказівка лише на органи державної влади, хоча, безперечно, контекстне та системне тлумачення цих та інших норм ГК України не залишає сумнівів у тому, що держава України також є учасником відносин у сфері господарювання.

Чи є такий підхід розробників ГК України проявом думки про те, що органи державної влади не є самостійними учасниками відносинами у сфері господарювання, а діють винятково від імені держави? Скоріше «ні», ніж «так». Однак це лише припущення, підтвердження чи спростування якого має бути чітко висловлене в тексті ГК України.

Підсумовуючи аналіз загальних положень ГК України щодо держави Україна та інших суб'єктів публічного права як учасників відносин у сфері господарювання, слід визнати, що ці положення характеризуються перш за все наявністю прогалин у законодавчому регулюванні відносин за участю цих суб'єктів, які (прогалини), звісно, мають бути усунені.

Не менш проблематичним, не дивлячись на тривалий строк дії ЦК і ГК України, є визначення в їх текстах положень, які сприяли б виявленню сутності держави України та інших подібних суб'єктів, як суб'єктів приватних відносин. При цьому підтримуємо думку про те, що ні ЦК, ні ГК України не повинні перетворитися в нормативно-правові збірники визначень понять цивільного і господарського права, що все ж не перешкоджає включенню до текстів цих законів положень, які спростили б правореалізацію в цілому та правозастування зокрема.

Так, ЦК України не містить визначення поняття *суб'єкта публічного права*, що може бути пояснено приватноправовою сутністю цього кодексу. Однак при цьому ЦК України не містить й положень, які витлумачили б співвідношення понять держави України та інших подібних суб'єктів, як суб'єктів приватних відносин, із поняттям штучного учасника цивільних відносин – поняттям юридичної особи. Така прогалина в тексті ЦК України вже не може бути сприйнята нечутливо з огляду на тривалу дискусію щодо можливості визнання тієї ж держави Україна юридичною особою публічного права. Тобто текст чинного ЦК України не містить ні положень, що б прямо визнавали державу Україна чи територіальну громаду юридичними особами публічного права, ні положень протилежного змісту, а саме які вказували б на самостійний цивільно-правовий статус цих суб'єктів.

Водночас побудова тексту чинного ЦК України, зокрема поділ розділу II «Особи» на три самостійних підрозділи, у тому числі 2 «Юридична

особа» та 3 «Участь держави, Автономної Республіки Крим, територіальних громад у цивільних відносинах» дозволяє дійти висновку про можливість визнання держави Україна та інших подібних суб'єктів публічного права *sui generis* учасниками цивільних відносин. Тобто учасниками, які не є юридичними особами й участь яких у цивільних відносинах у зв'язку з відсутністю прямої вказівки в тексті ЦК України може взагалі й не прирівнюватися до порядку участі в цих відносинах юридичних осіб (юридичних осіб публічного права).

При цьому слід відзначити певну беззмістовність і декларативність застосування в чинному ЦК України поняття *юридичної особи публічного права*, в сутності якої, безперечно, проглядається іманентний зв'язок із будь-яким суб'єктом публічного права, у тому числі із державою. Твердження про декларативність норм ЦК України, в яких згадується поняття юридичної особи публічного права, на наше переконання, обумовлене тією обставиною, що всього кілька існуючих положень ЦК України, а саме ст. ст. 81, 82, 329 ЦК України, не спроможні дати гідну та повну відповідь на питання щодо суті та сенсу цього поняття та, що головніше в контексті цього дослідження, відповідь на питання щодо можливості визнання держави Україна, територіальних громад і т.п. суб'єктів юридичними особами публічного права.

Не є взірцем, що гідний наслідування в цьому сенсі, й текст ГК України. Визнаючи державу Україна та інших подібних суб'єктів учасниками відносин у сфері господарювання (ст. 2 ГК України), ГК України спромігся лише на негативну констатацію того, що держава Україна, органи державної влади та органи місцевого самоврядування не є суб'єктами господарювання, що звісно фактично не розкриває сутності держави Україна та подібних їй суб'єктів як учасників приватних відносин.

Більш того, допускаючи одночасне регулювання приватних (цивільних) і публічних (адміністративних) відносин, чинний ГК України фактично спродукував досить суперечливий за своїм змістом господарсько-правовий статус у держави Україна та інших подібних суб'єктів публічного права, відповідного до якого ці суб'єкти водночас мають як владну компетенцію, так і приватні повноваження.

Таким чином, сукупно оцінюючи норми ЦК і ГК України, можна констатувати, що визнаючи державу Україна та інших подібних суб'єктів учасниками відповідно цивільних і господарських відносин, ЦК та ГК України містять лише мінімально можливі положення, що дозволили б витлумачити сутність суб'єктів публічного права як можливих учасників приватних відносин. З урахуванням чого, одним із перспективних

напрямок вдосконалення чинного законодавства, у тому числі ЦК і ГК України, є внесення змін до цих кодексів, які б надали змогу на легальному рівні з'ясувати сутність цих суб'єктів.

Достатньо відомою спробою системного узагальнення практики одночасного застосування Цивільного і Господарського кодексів України, у тому числі практики застосування кодексів для врегулювання відносин за участю суб'єктів публічного права, є відомий інформаційний лист Вищого господарського суду України від 07.04.2008 р. № 01-8/211 «Про деякі питання практики застосування норм Цивільного та Господарського кодексів України». Незважаючи на те, що вказаний інформаційний лист датований аж 2008 роком, відзначимо, що ні в ЦК, ні в ГК України не вносилися зміни, які могли б змінити регулювання участі суб'єктів публічного права в цивільних і господарських відносинах.

У своєму листі Вищий господарський суд України двічі, а саме в пунктах 5 та 39, звертався до окремих питань судової практики вирішення спорів за участю суб'єктів публічного права.

Так, аналізуючи в п. 5 положення статті 2 ЦК України в контексті можливості участі в правовідносинах колективних утворень, які не є фізичними особами і не мають статусу юридичної особи, наприклад, певні державні органи (Кабінет Міністрів України, Верховна Рада України), суд приходить до висновку, що відповідно до статей 170, 171, 172 ЦК України держава, Автономна Республіка Крим, територіальні громади набувають і здійснюють цивільні права та обов'язки відповідно через органи державної влади, органи влади Автономної Республіки Крим, органи місцевого самоврядування в межах їхньої компетенції, встановленої законом. Такими органами, зокрема є Верховна Рада України, Кабінет

Міністрів України тощо. Участь цих органів у цивільних правовідносинах реалізується апаратом Верховної Ради України (постанова Верховної

Ради України № 1678-III «Про структуру апарату Верховної Ради України» від 20.04.2000 р. та Секретаріатом Кабінету Міністрів України (Закон України «Про Кабінет Міністрів України» від 21.12.2006 р. та постанова Кабінету Міністрів України № 761 від 06.05.2000 р. «Про затвердження Тимчасового положення про Секретаріат Кабінету Міністрів України та Тимчасового положення про Службу Прем'єр-міністра України), згідно з якими вони є юридичними особами.

У п. 39 цього ж листа ВГС України звертається до питання суб'єкта приватноправової відповідальності та констатує, що держава є суб'єктом

такої відповідальності, однак відповідно до статті 170 ЦК України держава набуває і здійснює цивільні права та обов'язки через органи державної влади у межах їхньої компетенції, встановленої законом. Тому суд в кожному конкретному випадку повинен з'ясувати, який саме державний орган є уповноваженим органом і залучити його до участі в справі.

Аналізуючи вказаний лист, слід відзначити, по-перше, те, що в зазначених пунктах та й у цілому в інформаційному листі, Вищий господарський суд України не знайшов підстав для посилання на положення ГК України в контексті регулювання участі в приватних відносинах держави Україна та інших подібних суб'єктів. По-друге, в якості однієї з ключових проблем регулювання участі держави України та інших подібних суб'єктів в приватних (цивільних) відносинах є проблема розмежування участі держави України і територіальних громад, з одного боку, та їх органів чи інших представників, з іншого боку. При цьому, якщо чинний ЦК України й містить кілька статей, що присвячені регулюванню подібних представницьких відносин (ст. 170-173 ЦК України), то чинний ГК України фактично усувається від такого регулювання.

Не слід оминати увагою й ту обставину, що на думку Вищого господарського суду України вирішення проблем судової практики, пов'язаної з участю в цивільних відносинах держави України, пов'язане з встановленням органу державної влади, який має статус юридичної особи й залучення якого до справи дозволить фактично привести саму державу Україна до статусу номінального учасника судового провадження.

На наше переконання, подібна судова практика є лише черговим підтвердженням того, що в легальному визначенні держави України та інших суб'єктів публічного права залишається безліч прогалин, що мають бути усунені вже в найближчому майбутньому.

Підсумовуючи загалом проведене порівняльне дослідження ЦК і ГК України за результатами десятиріччя їх чинності, слід відзначити, що жоден із цих кодексів не може бути визнаний взірцевим у частині, що стосується регулювання участі в приватноправових відносинах таких суб'єктів, як держава Україна, територіальні громади і т.п. суб'єкти публічного права.

Принциповою особливістю та водночас недоліком ГК України в контексті окресленої тематики дослідження є не лише існування значної кількості прогалин у регулюванні відносин за участю держави України, органів державної влади та інших суб'єктів публічного права, а також та обставина, що, поєднуючи приватно та публічно-правові норми, ГК України якщо й регулює участь цих суб'єктів у господарських відноси-

нах, то останні є за свою сутність переважно адміністративними, а отже не повинні, згідно положень самого ГК України, регулюватися ним (ст. 4 ГК України).

До основних вад ЦК України як регулятора цивільних відносин за участю суб'єктів публічного права слід зарахувати не стільки текстуальний мінімалізм його положень, скільки змістовну двозначність та відси-лочність відповідних норм ЦК України, що з огляду на сучасний стан вітчизняної юриспруденції не є оптимальним легальним підґрунтям в дії механізму правового регулювання. Тому, на наше переконання, ЦК України все ж потребує можливо й незначних за текстуальним викладом, однак вагомих за своїм контекстом змін в ті положення, що стосуються регулювання участі держави Україна та інших суб'єктів публічного пра-ва в цивільних (приватних) відносинах.

Наостанок слід відзначити, що можливе спільне удосконалення двох кодексів буде ефективним і результативним лише в разі узгодженості у внесенні таких змін, у тому числі шляхом можливої і бажаної трансформації Господарського кодексу в насправді спеціальний закон щодо Ци-вільного кодексу.

Первомайський О. Сучасні проблеми застосування цивільного та гос-подарського кодексів в регулюванні приватних відносин за участю суб'єк-тів публічного права.

У представленій статті досліджена сучасна суперечлива практика застосу-вання норм чинних Цивільного и Господарського кодексів України в регулю-ванні приватних відносин за участю суб'єктів публічного права. Зокрема, кон-статується невизначеність поняття «суб'єкт публічного права» та спірність у визначенні систематики суб'єктів публічного права за ЦК України. Водночас вказується на ту обставину, що чинний ГК України, по-перше, містить положен-ня, що не узгоджуються з ЦК України, по-друге, має прогалини в згадуванні про суб'єктів публічного права та суперечності у визначенні їх господарсько-право-вого статусу.

Ключові слова: юридична особа публічного права, держава Україна, орга-ни державної влади, територіальна громада, суб'єкти господарювання, учасни-ки цивільних правовідносин.

Первомайский О. Современные проблемы применения гражданского и хозяйственного кодексов в регулировании частных отношений с участием субъектов публичного права.

В представленной статье исследована современная противоречивая практи-ка применения норм действующих Гражданского и Хозяйственного кодексов Украины в регулировании частных отношений с участием субъектов публично-го права. В частности, констатируется не определенность понятия «субъект пу-бличного права» и спорность в определении систематики субъектов публичного

права по ХК України. Одночасно вказується на те обставина, що діючий ХК України, во-перших, містить положення, не узгоджені з ГК України, во-других, має прогалини в згаданні про суб'єктах публічного права і супереччя в визначенні їх господарсько-правового статусу.

Ключевые слова: юридическе лице публічного права, держава України, органи державної влади, територіальна громада, суб'єкти господарювання, учасники громадянських правовідносин.

Pervomayskiy O. Nowadays problems of application of civil and economic codes in regulation of private relations with the participation of subjects of public law.

This article researches the results of a 10-year experience of simultaneous application of the Civil Code of Ukraine and the Economic Code of Ukraine in regulation of private relations with the participation of state of Ukraine and other subjects of public law and stated imperfection of these codes. In particular, states that the current Civil Code of Ukraine, firstly, does not determine the correlation between the subject of public law and legal entity, secondly, in fact, gives the state of Ukraine and other subjects of public law status of sui generis participants in civil relations Thirdly, unfoundedly complicates the systematics of public law subjects as participants of civil relations. In turn, the Economic Code of Ukraine, actually refuses to provide economic and legal status of such subjects of public law as territorial community, Autonomous Republic of Crimea, foreign states, while introducing own system of economic relations participants that do not comply with the provisions of the Civil Code of Ukraine. Consequently, it is proposed to amend current legislation of Ukraine by coherent changes.

Keywords: legal entity of public law, State of Ukraine, the state authorities, local community, business entities, participants of civil legal relations.

Pinior Piotr

*Dr hab., Faculty of Law and
Administration, Department of
Commercial Law, University
of Silesia in Katowice*

Пініор П.

*доктор габілітований,
викладач кафедри
господарського та
торговельного права
Сілезького університету,
м.Катовіце*

DUTY OF LOYALTY IN COMPANIES' CORPORATE RELATIONSHIPS

УДК 347.191.11

1. Introduction

A corporate structure of a company embraces many different relationships. The contract (deed, articles, statute) of the company leads to contractual relationships between authorities (members of board of directors or supervisory board) and the company, shareholders and the company, not mentioning relations to third parties. Nowadays in the literature and jurisdiction as well as in legislation there can be observed continuous growth of interest to duty of loyalty, that on one hand is supposed to be a consequence of the recent economic crisis and on the other hand is the consequence of the evolution of corporate law. Especially important seems to be the duty of loyalty in respect to the authorities of the company and to the shareholders. So as to provide wider view to this issue and in respect of limited frames of the thesis, there shall be presented the matters as a brief overview in selected legal systems.

2. Authorities' duty of loyalty

The structure of the company differs depending on the type of a company and of course depending on the corporate system adopted in national legislations. Either in one-tier (monistic) system or in two-tier (dualistic) system the status of the companies' authorities is more or less similar. For example, when you look at the status of the directors in monistic system in Great Britain or the membership in Board of Directors or Supervisory Board in Germany, you can recognize a severe emphasis on their duty of loyalty towards the company and the shareholders.

The company legislation in Great Britain gives wide space for contractual freedom within the structure of the company, nevertheless the Companies Act of 2006 has significantly modified the provisions concerning duties of directors, including the duty of loyalty. The range of principal directors' duties

shall be governed especially by provision 170 – 177 Companies Act of 2006. The directors shall be obliged to act within powers, to promote the success of the company, to exercise independent judgment, to exercise reasonable care, skill and diligence, to avoid conflict of interest, not to accept benefits from third parties [1, p.323-370]. In the literature the main accentuation is put on acting in the interest of the company, its shareholders and stakeholders [2, p.480-486].

In the German company law the duty of loyalty (*Treupflicht*) is widely considered in the literature and jurisdiction. The duty of loyalty in Germany embraces among others: to care of the interest of the company, to avoid conflict of interest, ban of competitiveness, ban to abuse function and the power to represent the company, confidentially duty [3, p.890-898; 4, p.298-303]. In frame of duty of loyalty there is also a question of equivalent remuneration of directors which should be not overestimated, thus in case of poor economic situation the directors should agree to reduce their remuneration [5, p.529]. This is also a new trend in EU legislation, where in association with a recent economic crisis there has appeared a proposal of a new amendment of directive 2007/36/WE enabling the shareholders to adopt a remuneration policy for the company¹.

The main characteristic of the duty of loyalty in corporate company relationships concerning the directors is a special care of interest of the company and acting in a way enabling the maximum use of the possibilities of the company (corporate opportunity, *Geschäftschancen*). On the other hand however, the interest of company cannot exceed in importance the interest of shareholders and stakeholders what means that corporate opportunity should be considered taking into account other interests. Moreover the power of director to manage a company cannot be used for his own interest, what would abuse simultaneously the corporate opportunities [1, p.303].

The concept of the directors' duty of loyalty occurs in the Polish literature as well [6, p.323-370].

3. Shareholders' duty of loyalty

The duty of loyalty should be considered also with regard to the shareholders, as their influence on the company is unavoidable by passing the general meeting's resolutions. The measure of the duty cannot be treated

1 Proposal for a Directive of the EP and of the Council on amending Directive 2007/36/EC as regards the encouragement of long - term shareholder engagement and directive 2013/34/EU as regards certain elements of the corporate government statement SWD (2014) 127 final p. 52: <http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=SWD:2014:0127:FIN:EN:PDF>

equivalently for all shareholders especially in the public limited companies (joint stock companies), in which the shareholders' position can differ significantly depending on the amount of shares, taking obviously into account free-float of shares. On the other hand in private limited companies, the influence of shareholders can be much greater, especially in those legal systems, where the shareholders are empowered to give binding instructions to the directors, that is why the duty of loyalty must be in such circumstances considered as indispensable.

In Polish Commercial Companies Code of 2000 (further as: CCC) the duty of loyalty is not *expressis verbis* stated, but it can be interpreted out of different provisions concerning companies. The most important source for the shareholders' duty of loyalty is the definition of the commercial company contract (deed, articles). According to art. 3 CCC by executing the contract of a commercial company, the shareholders shall agree to achieve common purposes by making contributions and, if the contract of the company so provide, by cooperating in other manner. One of the *essentialia negotii* of the contract is the agreement about the achievement (realization) of the common purposes of shareholders, so the duty of loyalty is the effect of the obligation of shareholders incorporated in the contract and becomes that way the component of the shareholders membership [6, p.298]. Among those provisions, which enable to interpret the duty, there are also provision concerning repealing resolutions of general meeting. Any resolution which is in conflict with company's contract or good practice and detrimental to the company's interest or aimed at harming a shareholder may be appealed against by claim for repealing such resolution. The jurisdiction on that basis has frequently adopted the duty of loyalty as one of the shareholders' corporate duties. The Supreme Court in judgment of 5th of November 2009 (I CSK 158/09, OSNC 2001/4/63) stated, that the shareholders are bound by the duty of loyal cooperation, which is the effect of concluding the contract of the company and the effect of realizing common purpose.

Shareholders' duty of loyalty should be defined as the obligation to execute corporate rights (esp. voting rights) in accordance with the good practice and avoiding conflict of interests, so as the interest of the company and interests of shareholders would not be harmed and the common purpose of shareholders could be realized [6, p.298]. Of course, to define precisely the duty, it is necessary to determine what does the interest of the company mean. In one of the judgment (22.10.2009 III CSK 63/09) the Supreme Court stated that the interest of the company has an autonomous character and should be understood as the resultant (compromise) of – often contradictory – interests

of all groups of shareholders (majorities and minorities) and its content should include reasonable interest of all those groups. In the literature the Supreme Court's statement have been also approved.

Shareholders' duty of loyalty has already been for a long time widespread assumed in German literature. The membership in the company itself is recognized as the source of the duty of loyalty. The essence of the duty of loyalty is acting in consent with the interest of the company and the duty embraces: ban of causing harm to the company, ban of discrediting company to the third parties, ban of revealing information about the company and ban of using company's assets for own purposes [3, p.898-899].

4. Violation of the duty of loyalty

The violation of the duty of loyalty by the authorities of the company usually cause damage to the company, and for the authorities the provisions of national legislation usually contain individual base for claiming against the member of boards. For instance, in Great Britain the directors shall be liable towards the company for damages caused by their acting or omission and breach of duties. The general meeting decides about the claim, but if the meeting does not take up a resolution, every shareholder is enabled to rise claim (derivative claim) against the director in the name of a company, on ground of art. 260 Companies Act [1, p.551]. The legal base for claims against directors exist also in German and Polish law.

As for the violation of the duty by the shareholders in German Law, the provisions of the act for private companies, *expressis verbis* give the possibility of raising claims against the shareholders (§ 46 p. 8 *das Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung*) and violation of duty of loyalty, especially caused by binding instruction, may cause claims against the shareholders [5, p.908-910]. The act for public companies (*das Aktiengesetz*) does not contain similar provisions but raising claims against shareholders has been accepted in the literature [4, p.183]. The Polish Commercial Companies Code does not contain any provisions about raising claims against the shareholders because of the violation of duty of loyalty either in private or in public companies, but in the Polish literature the possibility of rising claims on base of the provisions concerning liability in the Civil Code (contractual art. 471 CC or tortious art. 415 CC) has found the acceptance [6, p.308].

5. Summary

The duty of loyalty in companies' relationships is a matter of great importance taking into account the different position of the authorities and shareholders of the company, the interest of the company and individual interest of shareholders, not mentioning the influence on the stakeholders. The

main characteristic of the duty of loyalty in corporate company relationships concerning the directors is a special care of interest of the company and acting in a way enabling the maximum use of the possibilities of the company (corporate opportunity). Shareholders' duty of loyalty should be defined as the obligation to execute corporate rights (esp. voting rights) in accordance with the good practice and avoiding conflict of interests. Being involved in a company cannot be considered only from the perspective of profits but also from the perspective of responsibility, that is why the question of loyalty finds interesting in the literature and jurisdiction concerning corporate law.

1. S. Girvin, S. Frisby, A. Hudson, *Charlesworth's Company Law, 18th Ed.* London, 2010
2. D. French, S. Mayson, C. Ryan, *Company Law. 27th Ed.* Oxford, 2010
3. H. J. Priester, D. Mayer, *Munich Handbook of Company Law, 3. Vol. Private limited company. (Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts. B. 3. Gesellschaft mit beschränkter Haftung.)* 3rd Ed. München 2009
4. M. Hoffman – Becking, *Munich Handbook of Company Law, 4. Vol. Public limited company. (Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts. B. 4. Aktiengesellschaft.)* 3rd Ed. München 2007
5. H. Fleischer, W. Goette, *Munich Handbook of Company Law, 3. Vol. Private limited company. (Münchener Kommentar zum Gesetz betreffend die Gesellschaft mit beschränkter Haftung.)* 2. Vol. München 2012
6. P. Pinior, *Shareholders' supervision in private limited companies (Nadzór wspólników w spółce z ograniczoną odpowiedzialnością).* Warszawa 2013

Пініор П. Обов'язок лояльності у корпоративних відносинах товариств – об'єднань капіталів.

Обов'язок лояльності в корпоративних відносинах товариств – об'єднань капіталів має істотне значення з точки зору диференційованої позиції членів органів і учасників в товариствах капіталів, інтересів товариства та індивідуальних інтересів акціонерів, а також впливу на ситуацію зацікавлених сторін (стейкхолдерів).

Основною характерною ознакою обов'язку лояльності в товариствах капіталів у відношенні до членів органів управління є особливе дбання про інтерес товариства, а також здійснення дій, що роблять можливим використання потенціалу товариства максимальною мірою. Обов'язок лояльності учасників повинен бути окреслений як обов'язок виконання корпоративних прав, в особливості права голосу, згідно з добрими звичаями через уникнення конфлікту інтересів. Участь в товаристві не може бути розглянута виключно з точки зору майнових вигод, а й із врахуванням відповідальності у корпоративних відносинах товариств, тому проблематика обов'язку лояльності є предметом зацікавлення доктрини і виступає в судовій практиці, яка торкається корпоративного права.

Ключові слова: обов'язок лояльності, корпоративні відносини, товариства капіталів.

Piniór P. Obowiązek lojalności w stosunkach korporacyjnych spółek kapitałowych.

Obowiązek lojalności w stosunkach korporacyjnych spółek ma istotne znaczenie z punktu widzenia zróżnicowanej pozycji członków organów i wspólników w spółkach kapitałowych, interes spółki i indywidualne interesy akcjonariuszy a także wpływ na ogół interesariuszy.

Główną cechą charakterystyczną obowiązku lojalności w spółkach kapitałowych w odniesieniu do członków organów zarządzających jest szczególna dbałość o interes spółki oraz podejmowanie działań umożliwiających wykorzystanie potencjału spółki w maksymalnym stopniu. Obowiązek lojalności wspólników powinien być definiowany jako obowiązek wykonywania praw korporacyjnych, w szczególności prawa głosu, zgodnie z dobrymi obyczajami oraz unikanie konfliktu interesów. Uczestnictwo w spółce nie może być rozpatrywane wyłącznie z punktu widzenia korzyści majątkowych ale również z uwzględnieniem odpowiedzialności w stosunkach korporacyjnych spółek, dlatego problematyka obowiązku lojalności jest przedmiotem zainteresowania doktryny i występuje w orzecznictwie sądowym odnoszącym się do prawa korporacyjnego.

Ключові слова: обов'язок лояльності, стосунки корпоративні, компанії капіталові.

Пиньор П. Обязанность соблюдения лояльности в корпоративных отношениях капитальных обществ.

Обязанность лояльности в корпоративных отношениях обществ – объединений капиталов имеет существенное значение с точки зрения дифференцированной позиции членов органов и участников в обществах капиталов, интересов общества и индивидуальных интересов акционеров, а также влияние на ситуацию заинтересованных сторон (стейкхолдеров).

Главным характерным признаком обязанности лояльности в обществах капиталов по отношению к членам органов управления является особая забота об интересах общества, а также осуществление действий, которые делают возможным использование потенциала общества в максимальной степени.

Обязанность лояльности участников должна быть очерчена как обязанность исполнения осуществления корпоративных прав, в особенности права голосования, согласно добрым традициям через избежание конфликта интересов. Участие в обществе не может быть рассмотрено исключительно с точки зрения имущественных выгод, но также с учетом ответственности в корпоративных отношениях обществ, поэтому проблематика обязанности лояльности является предметом интереса доктрины и выступает в судебной практике, которая касается корпоративного права.

Ключевые слова: обязанность соблюдения лояльности, корпоративные отношения, общества – объединения капиталов.

Pinior P. Duty of Loyalty in Companies' Corporate Relationships

The duty of loyalty in companies' relationships is a matter of great importance taking into account the different position of the authorities and shareholders of the company, the interest of the company and individual interest of shareholders, not mentioning the influence on the stakeholders.

The main characteristic of the duty of loyalty in corporate company relationships concerning the directors is a special care of interest of the company and acting in a way enabling the maximum use of the possibilities of the company (corporate opportunity). Shareholders' duty of loyalty should be defined as the obligation to execute corporate rights (esp. voting rights) in accordance with the good practice and avoiding conflict of interests. Being involved in a company cannot be considered only from the perspective of profits but also from the perspective of responsibility, that is why the question of loyalty finds interesting in the literature and jurisdiction concerning corporate law.

Keywords: duty of loyalty, corporate relationships, companies.

Сліпенчук Н.А.

*кандидат юридичних наук,
помічник заступника голови
Господарського суду Івано-
Франківської області*

Slipenchuk N. A.

*Candidate of legal sciences,
Assistant of vice-chairman of
commercial court of Ivano-
Frankivsk area*

ВИКЛЮЧЕННЯ УЧАСНИКА З ТОВАРИСТВА В СУДОВОМУ ПОРЯДКУ: ЄВРОПЕЙСЬКИЙ ДОСВІД

УДК 347.191.11:347.993

Постановка проблеми. Необхідність інтеграції вітчизняного корпоративного законодавства в європейський правовий простір зумовлена не лише реаліями сьогодення, але й об'єктивними вимогами часу. Безперечно, що визначені процеси повинні відбуватися в рамках запровадженої в європейському корпоративному праві концепції розумного балансування між інтересами товариства, його учасників, кредиторів і працівників, а також суспільства в цілому. Тому ефективна гармонізація законодавства можлива лише за умови дерегуляції корпоративних відносин із одночасним збереженням імперативного регулювання окремих сфер корпоративного права.

Особливу увагу слід звернути на практику застосування в європейських країнах такої найбільш радикальної щодо учасника санкції як виключення учасника з товариства, адже вітчизняна правова конструкція вже давно виказала свою неефективність. При тому, що наслідком її реалізації є примусове позбавлення учасника його корпоративного статусу й відповідно припинення цілого комплексу майнових і немайнових прав, а також оплатне позбавлення учасника права власності на майно (частку в статутному капіталі товариства).

Мета дослідження полягає в напрацюванні чіткої і дієвої процедури виключення учасника з товариства, яка враховувала б як позитивний європейський досвід, так і умови української дійсності.

Виклад основного матеріалу. Відповідно до ч. 1 ст. 64 Закону України «Про господарські товариства» учасника товариства з обмеженою відповідальністю, який систематично не виконує або неналежним чином виконує обов'язки, або перешкоджає своїми діями досягненню цілей товариства, може бути виключено з товариства на основі рішення, за яке

проголосували учасники, що володіють у сукупності більш як 50 відсотками загальної кількості голосів учасників товариства [1].

Як вбачається з вищенаведеного, підстави виключення учасника визначаються в законі, по-перше, у найзагальнішому вигляді, по-друге, без конкретних прив'язок до чітких і однозначних критеріїв і, по-третє, з використанням оціночних понять, розуміння яких вимагає додаткового тлумачення.

Однак найбільше запитань викликає передбачений ч. 1 ст. 64 Закону України «Про господарські товариства» порядок позбавлення учасника відповідного корпоративного статусу.

Основним проблемним питанням в існуючій процедурі є наявність кворуму для проведення загальних зборів. Так, часто трапляються ситуації, коли, наприклад, добросовісні учасники, які в сукупності володіють менше 60% голосів, позбавлені можливості самостійно на загальних зборах вирішити питання про виключення недобросовісного учасника з товариства в передбаченому законом і статутом порядку, оскільки ці збори є неправомочними через відсутність кворуму. З іншого боку, учасник, який має частку в розмірі не менше 40% статутного капіталу, і знає, що на порядок денний внесене питання про його виключення з товариства, може перешкодити виключенню шляхом неявки на збори, які без його участі є неповноважними. Одночасно паралізується прийняття й інших рішень, що мали розглядатися на зборах. В одній зі справ Вищий господарський суд України (далі – ВГСУ) правильно звернув увагу, що визначення правомочності зборів учасників (наявність чи відсутність кворуму) передує розгляду та вирішенню зборами питань порядку денного та процедурі голосування по цих питаннях. Ст. 64 Закону України «Про господарські товариства» лише регулює особливості голосування по питанню про виключення учасника з товариства і не звільняє товариство та його учасників від неухильного дотримання вимог статті щодо обов'язковості кворуму у більш ніж 60% голосів [2].

Незважаючи на вищевказане, у Рекомендаціях ВГСУ «Про практику застосування законодавства у розгляді справ, що виникають з корпоративних відносин» від 28. 12. 2007 № 04–5/14 (п. 3.10) та Постанові Пленуму Верховного Суду України «Про практику розгляду судами корпоративних спорів» від 24. 10. 2008 р. №13 (п. 29) вказано, що прийняття рішення про виключення учасника з господарського товариства законом віднесено до компетенції учасників цих товариств, а не господарського суду [3; 4]. Однак у постанові ВГСУ від 29. 05. 2007 № 2-802/2006 знаходимо й іншу позицію суду, відповідно до якої обов'язковою умо-

вою підвідомчості вимоги про виключення учасника з товариства суду є неможливість вирішення цього питання зборами учасників товариства через блокування таким учасником роботи зборів [5].

Наслідком такої неоднозначної судової практики розгляду юридичних спорів щодо виключення недобросовісного учасника стало порушення суб'єктом права на конституційне звернення перед Конституційним судом України наступного питання: чи слід вважати норму закону в ч. 1 ст. 64 «Про господарські товариства» імперативною і такою, що дає можливість виключити учасника, який систематично не виконує або неналежним чином виконує обов'язки, лише на основі рішення загальних зборів учасників товариства, чи є дана норма все-таки диспозитивною, а тому дає право іншим учасникам реалізувати право на виключення недобросовісного учасника шляхом звернення з відповідною вимогою до суду у разі систематичної його неучасті в загальних зборах учасників товариства, що унеможлиблює проведення повноважних зборів та вирішення питання про його виключення.

Суддя Конституційного суду України Д. Д. Лилак, висловлюючи окрему думку щодо рішення від 5 лютого 2013 року № 1-рп/2013 в цій частині, вказав, що виключення учасника з товариства не слід вважати виключно внутрішньокорпоративною компетенцією, адже за таких обставин суд не може розглядати питання про правомірність рішення загальних зборів учасників щодо виключення (або невиключення) недобросовісного учасника. Для вирішення такого спору по суті суду доводиться фактично «перепроверити» ті самі підстави, на яких ґрунтувалося рішення загальних зборів учасників товариства. Як констатував суддя, «урізання» конституційної юрисдикції судів відбулося не шляхом внесення змін до Основного Закону України і навіть не в законодавчому порядку, а внаслідок прийняття президією ВГСУ рекомендацій «Про практику застосування законодавства у розгляді справ, що виникають з корпоративних відносин» від 28. 12. 2007 № 04–5/14 та Пленумом Верховного Суду України Постанови «Про практику розгляду судами корпоративних спорів» від 24. 10. 2008 р. №13, які не мають нормативного значення, а носять рекомендаційний характер [6].

Одночасно, якщо звернутися до позитивного досвіду деяких європейських країн, то можемо спостерігати сприйняття ними вже впродовж тривалого часу саме судового порядку виключення учасника як найбільш дієвого.

Зокрема, відповідно до ст. 140 Німецького торговельного кодексу, якщо один із учасників товариства вчиняє дії, у результаті яких інші

учасники можуть вимагати припинення товариства, то замість останнього саме суд може виключити такого учасника з товариства за клопотанням інших учасників [7].

Стаття 266 Кодексу торговельних товариств Республіки Польща також передбачає можливість виключення учасника з товариства лише в судовому порядку. Умовами, за яких суд може прийняти таке рішення, вважається: наявність важливих причин, що стосуються конкретного учасника; позов про виключення учасника, висунутий усіма іншими учасниками, які разом представляють більше половини статутного капіталу. Договір товариства може передбачати право подання вищезгаданого позову також меншою кількістю учасників за умови, якщо їхні частки становлять більше половини статутного капіталу. У цьому випадку повинні бути залучені як відповідачі всі інші учасники, навіть, якщо до них не висунуто вимог про їх виключення. Кодекс не окреслює, які важливі причини можуть бути підставою для подання позову про виключення учасників, тому за судом залишається право оцінки, чи можуть причини, на які посилаються позивачі (позивач), вважатися підставою для виключення, чи ні. Причини виключення учасника з товариства повинні торкатися окремих учасників. У процесі про виключення причини останнього повинні бути індивідуалізовані. На практиці приймається, що це можуть бути причини об'єктивні (наприклад, довготривала хвороба), суб'єктивні (знуцання учасників), умисні або неумисні. Так, наприклад, згідно з рішенням Верховного суду Республіки Польща від 19. 03. 1997 року «неможливість безконфліктної співпраці з учасником, яка є наслідком міжособових стосунків усередині товариства з обмеженою відповідальністю, може бути важливою причиною виключення учасника з товариства» [8; с. 129 –130].

Виключення учасника з товариства за рішенням суду має місце у Латвії, Естонії, Чехії. Для звернення до суду необхідною є згода засновників, внески яких становлять не менше половини статутного капіталу товариства. Підстава для заявлення відповідного позову – здійснення учасником протиправних дій на шкоду товариству (на кшталт невиконання зобов'язань, заподіяння істотної шкоди, ускладнення чи унеможливлення діяльності товариства).

Таким чином, з огляду на наявну судову практику і європейський досвід, застосування такої радикальної організаційної санкції як виключення учасника з товариства варто здійснювати:

- а) у судовому порядку;

б) за попереднім обговоренням підстав для заявлення позову про виключення недобросовісного учасника на загальних зборах товариства (за винятком окремих випадків);

в) за можливості подання учасниками похідних позовів у разі бездіяльності товариства.

При цьому, порядок прийняття товариством рішення про виключення учасника слід диференціювати в залежності від підстав виключення.

Така процедура матиме наступний вигляд.

У разі несплати учасником вкладу до закінчення першого року з дня державної реєстрації товариства виконавчий орган товариства може звернутися до суду з позовом про його виключення. Дана підстава не потребує обговорення на загальних зборах, оскільки учасники зобов'язані дбати про те, щоб заявлений статутний капітал товариства не був меншим, ніж вартість його активів. Як вірно зазначає з цього приводу В. М. Кравчук, невнесення вкладу є порушенням не лише обов'язків перед товариством, але й зобов'язань публічного характеру, які учасники взяли на себе під час створення юридичної особи. Більше того, можлива ситуація, коли всі учасники не вносять вклади повністю, а тому не зацікавлені розглядати питання про виключення один одного [9; с. 279].

У разі бездіяльності виконавчого органу товариства щодо заявлення позову учасник, який ініціював виключення, має право сам звернутися до суду в інтересах товариства.

Разом з тим, якщо йдеться про дії (бездіяльність) учасника, обтяжливість наслідків яких є все ж оціночною та потребує обговорення на загальних зборах товариства, то рішення з питання заявлення відповідного позову приймається простою більшістю голосів. Зокрема, коли діями учасника, включаючи розголошення комерційної таємниці або конфіденційної інформації, товариству завдано значної шкоди; учасник товариства або його афілійована особа одночасно є учасником або членом виконавчого органу іншого господарського товариства, яке є конкурентом товариства; учасник своїми діями чи бездіяльністю робить неможливою діяльність товариства або суттєво її ускладнює. До останньої з підстав може бути віднесено ухилення без поважних причин від участі у загальних зборах учасників товариства, внаслідок чого товариство позбавлене можливості приймати рішення з питань, які потребують одностайності всіх його учасників або пред'явлення одним з міноритарних учасників значної кількості необґрунтованих позовів до самого товариства чи, навпаки, на захист інтересів товариства (зловживання правом на захист) тощо.

Проте, якщо в результаті змови учасників або дій самого недобросовісного учасника блокується розгляд даного питання на загальних зборах, будь-який з учасників може звернутися з позовом про виключення учасника в інтересах товариства.

Зважаючи на вищенаведене, ст. 13 проекту Закону України «Про товариства з обмеженою та додатковою відповідальністю» № 2011-1 може бути викладена в такій редакції:

«1. Товариство може звернутися до суду з позовом про виключення учасника у разі несплати ним вкладу у встановлений строк. Якщо позов не буде подано впродовж десяти днів, учасник, який ініціював виключення, має право сам звернутися до суду в інтересах товариства.

2. Товариство за рішенням загальних зборів може звернутися із позовом до суду про виключення учасника з товариства, якщо:

- діями учасника, включаючи розголошення комерційної таємниці або конфіденційної інформації, товариству завдано значної шкоди;*
- учасник товариства або його афілійована особа одночасно є учасником або членом виконавчого органу іншого господарського товариства, яке є конкурентом товариства;*
- учасник своїми діями чи бездіяльністю робить неможливою діяльність товариства або суттєво її ускладнює.*

При цьому цей учасник (його представник) не бере участі у голосуванні учасників загальних зборів товариства.

3. У разі неможливості прийняття загальними зборами рішення з питання звернення до суду з вимогою про виключення учасника (за відсутності кворуму чи невнесення даного питання на розгляд), в інтересах товариства з таким позовом може звернутися будь-який учасник.

4. Днем виключення учасника вважається день набрання рішенням суду про виключення законної сили.

5. До відносин щодо наслідків виключення учасника застосовуються положення статті 12 цього Закону».

Висновки. Встановлення в корпоративному законодавстві можливості виключення недобросовісного учасника з товариства спонукає до належного виконання обов'язків, пов'язаних з участю в товаристві. Норми, які регулюють застосування такої радикальної санкції, повинні бути дієвими та, разом з тим, гарантувати неможливість зловживань. Невідповідність існуючої процедури виключення учасника вищезазначеним критеріям зумовлює потребу у змінах, які втілювали б найкращий європейський досвід. Впровадження судового порядку виключення дозволить, з одного боку, економити час і кошти товариства на судову тяганину у

випадку визнання загальними зборами підстав для подачі відповідного позову недостатніми, а з іншого, гарантує повне та всебічне з'ясування обставин справи в разі прийняття учасниками рішення про звернення до суду. При цьому, така чітко регламентована процедура не суперечить конституційному праву кожного учасника товариства, чий права порушуються діями (бездіяльністю) іншого учасника, на судовий захист.

1. *Zakon Ukrainy "Pro hospodarski tovarystva" vid 19.09.1991 r. # 1576–XII // Vidomosti Verkhovnoi Rady Ukrainy. – 1991. – # 49, St. 682.*
2. *Postanova Vyshchoho hospodarskoho sudu Ukrainy vid 25.11.08r., sprava # 22/16-08-376 // [Elektronnyi resurs]. – Rezhym dostupu : <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/2657960>*
3. *Rekomendatsii Vyshchoho Hospodarskoho sudu Ukrainy "Pro praktyku zastosuvannia zakonodavstva u rozghliadi sprav, shcho vynykaiut z korporatyvnykh vidnosyn" vid 28.12.2007 # 04–5/14 // Biznes–Bukhhalteriia–Pravo. Podatky. Konsultatsii vid 11.02.2008 – 2008 r., # 6, S. 25*
4. *Postanova Plenumu Verkhovnoho Sudu Ukrainy "Pro praktyku rozghliadu sudamy korporatyvnykh sporiv" vid 24.10.2008 r. #13 vid 24.10.2008 roku // Visnyk Verkhovnoho Sudu Ukrainy. – #11. – 2008.*
5. *Postanova Vyshchoho hospodarskoho sudu Ukrainy vid 29.05.07r., sprava # 2-802/2006 // [Elektronnyi resurs]. – Rezhym dostupu : <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/709096>*
6. *Okrema dumka suddi Lylaka D. D. stosovno Rishennia Konstytutsiinoho Sudu Ukrainy u spravi za konstytutsiinym zvernenniam Tovarystva z obmezhenoiiu vidpovidalnistiu „Likhtner Beton Lviv“ shchodo ofitsiinoho tлумachennia polozhen chastyny chetvertoi statti 58, chastyny pershoi statti 64 Zakonu Ukrainy "Pro hospodarski tovarystva" // Ofitsiyni visnyk Ukrainy. – 2004. – # 50.– st. 3288. – 2013. –# 14. – st. 508*
7. *Nimetskyi torhovelnii kodeks vid 10.05.1897 roku [Elektronnyi resurs] : – Rezhym dostupu : <http://www.knigafund.ru/books/25126/read#page3>*
8. *Yatsenko I. S. Korporatyvne pravo Respubliky Polshcha (osnovni polozhennia) : nauk.-prakt. Posibnyk / I. S. Yatsenko. – K.: Yurinkom Inter, 2008. – 232 s.*
9. *Kravchuk V. M. Prypynennia korporatyvnykh vidnosyn v hospodarskykh tovarystvakh : dysertatsiia na zdobuttia naukovoho stupenia doktora yurydychnykh nauk : 12.00.03 / Kravchuk Volodymyr Mykolaiovych. – L., 2009. – 433s.*

Сліпенчук Н. А. Виключення учасника з товариства в судовому порядку: європейський досвід.

У статті доведено, що передбачена вітчизняним законодавством процедура виключення учасника на підставі рішення загальних зборів товариства не завжди є ефективною та дієвою на практиці. Крізь призму позитивного досвіду європейських країн запропоновано впровадження судового порядку виключення учасника з товариства. Право на прийняття рішення про звернення до суду слід надати або виконавчому органу, або загальним зборам учасників товариства в залежності від підстав для виключення. Також запропоновано забезпечити дану процедуру механізмом похідного позову.

Ключові слова: виключення учасника з товариства, рішення загальних зборів, рішення суду, європейський досвід.

Сліпенчук Н. А. Исключение участника из общества в судебном порядке: европейский опыт.

В статье доказано, что предусмотрена отечественным законодательством процедура исключения участника на основании решения общего собрания общества не всегда является эффективной и действенной на практике. Сквозь призму положительного опыта европейских стран предложено внедрение судебного порядка исключения участника из общества. Право на принятие решения об обращении в суд необходимо предоставить или исполнительному органу, или общему собранию участников общества в зависимости от оснований для исключения. Также предложено обеспечить данную процедуру механизмом похідного иска.

Ключевые слова: исключение участника из общества, решение общего собрания, решение суда, европейский опыт.

Slipenchuk N. A. Exception of participant from a company in the judicial order: european experience.

Establishment in the corporate legislation of possibility of exception of irresponsible participant from company induces to the proper implementation of obligations in society. Norms, that regulate application of such radical sanction must be effective and, at the same time, guarantee impossibility of abuses. It is well proven in the article, that procedure of exception of participant is foreseen by a domestic law on the basis of decision of General meeting of incorporators not always works in practice and is effective. Taking into account experience of some European countries an author found expediency of introduction of judicial order of exception. About an address to the court made decision or by an executive branch or General meeting of incorporators depending on grounds. It is also suggested to provide this procedure the mechanism of derivative lawsuit.

Keywords: exception of participant from a company, decision of General meeting of incorporators, judgment, European experience.

Ясечко С.В.

*кандидат юридичних наук,
доцент кафедри охорони
інтелектуальної власності,
цивільно-правових дисциплін
(Харківський національний
університет внутрішніх
справ)*

Yasechko S.V.

*candidate of law sciences,
associate professor of
intellectual property
protection, civil law and
procedure chair (Kharkiv
National University of Internal
Affairs)*

ПРАВОНАСТУПНИЦТВО ОСОБИСТИХ НЕМАЙНОВИХ ПРАВ АВТОРІВ ЛІТЕРАТУРНИХ, ХУДОЖНІХ ТА ІНШИХ ТВОРІВ

УДК 347.78

У процесі історичного розвитку відбувалося постійне посилення уваги суспільства та держави до питання регулювання авторських відносин. Ще декілька століть тому захист майнових та особистих немайнових прав стосовно результатів творчої, інтелектуальної діяльності вбачався дивним, а сьогодні відповідні положення законодавства складають основу кожної правової системи. Постійне зростання попиту на об'єкти інтелектуальної власності обумовлює необхідність запровадження ефективних механізмів взаємодії авторів (їх правонаступників) із користувачами таких об'єктів.

Правонаступництво широко використовується в цивільному обороті. Однак вважається, що таким шляхом можуть передаватися тільки майнові права і обов'язки, що не носять особистого характеру. За системою загального права більше уваги надається майновим правам авторів (оскільки країни загального права розглядають авторське право як форму власності), проте, на нашу думку, саме немайнові права є основними. Метою даною роботи є визначення можливості правонаступництва особистих немайнових прав авторів літературних, художніх та інших творів.

Однією з форм цивільного обороту є правонаступництво, спадкування тощо, тобто все те, що опосередковує рух благ від одного суб'єкта до іншого через рух прав на них. Іншими словами, перехід прав здійснюється шляхом правонаступництва, спадкування або іншим чином [1, с. 95]. Як стверджує Б. Б. Черепахін, правонаступництво – це перехід суб'єктивного права (в широкому сенсі – також правового обов'язку) від однієї

особи (праводателя) до іншого (правонаступника) в порядку похідного правопридбання (у відповідних випадках – похідного придбання правового обов'язку) [2, с. 311]. Характерною ознакою такого правопридбання, на відміну від первісного правопридбання, є зв'язок між набутим правом чи обов'язком і первісними правовідносинами.

Законодавство визнає авторське право не тільки за автором твору, а й за його правонаступниками. В юридичній літературі право автора на твір прийнято називати первинним, тому що воно виникає внаслідок самого факту створення твору автором, у свою чергу, право на твір правонаступника автора – похідним, оскільки воно виникає в результаті переходу до нього прав, які належать автору [3, с. 38].

Найбільш важливим аспектом будь-якого права є його зміст. В. І. Серебровський визначає зміст авторського права як сукупність наданих автору прав (правомочностей), необхідних для охорони інтересів, що виникають у зв'язку зі створенням твору й використанням його в суспільстві [4, с. 94–95]. Зміст авторського права похідного суб'єкта перебуває в прямій залежності від змісту прав первинного суб'єкта, але обсяг прав зазначених суб'єктів не є однаковим [5, с. 112].

В. І. Серебровський вважає, що саме тому, що до правонаступників автора переходять не всі правомочності і не по всіх засобах їх використання, є сенс користуватися поняттями первинного і похідного авторського права [4, с. 88].

Подвійна природа авторського права (спостерігається тісний зв'язок з особистістю автора, у той же час твір містить у собі ознаки як майнових, так і немайнових благ) призвела до того, що розподіл авторських прав на дві групи став традиційним не тільки в Україні, а й в іноземних державах. Поділ прав на майнові і немайнові залежить від того, які інтереси покладено в основу правомочностей: майнові чи моральні. Оскільки практично будь-яке авторське право приховує в собі як моральні, так і матеріальні інтереси, то такий поділ дуже умовний.

Особисті немайнові права, як і майнові, виникають у автора з моменту створення твору та надання йому об'єктивної форми, незалежно від його призначення, обсягу, жанру, мети, незалежно від того, чи він оприлюднений, чи завершений, що відображено у ст. 1 чинного Закону України «Про авторське право і суміжні права».

Твір – це нематеріальне благо, духовний продукт діяльності людини, який знаходить свій прояв зовні й отримує певну самостійність і майнову цінність, а також надає йому якостей предмета права та юридичного захисту [6, с. 589]. На наш погляд, найбільш точно визначення поняття

«твір» було сформульовано В. І. Серебровським. На його думку, твір – це сукупність ідей, думок і образів, що отримали в результаті творчої діяльності автора своє вираження в доступній для сприйняття почуттями людини конкретної форми, що припускає можливість відтворення [4, с. 32]. Звичайно, в юридичній літературі можна зустріти і інші визначення твору, але, важливо відзначити, що всі дослідники підкреслюють нематеріальний характер цього об'єкта [7, с. 59]. Тобто твором є нематеріальний результат розумової діяльності особи, а його форма – це лише спосіб його вираження, який слугує своєрідним «передавачем» творчої інформації від автора до сприймачів [8, с. 10]. Твір є результатом інтелектуальної діяльності людини, а людський мозок може продукувати тільки нематеріальні об'єкти [9, с. 10].

Визначаючи коло особистих немайнових прав, зазначимо, що у ст. 438 ЦК України закріплено наступний їх перелік:

- 1) вимагати зазначення свого імені у зв'язку з використанням твору, якщо це практично можливо;
- 2) забороняти зазначення свого імені у зв'язку з використанням твору;
- 3) обирати псевдонім у зв'язку з використанням твору;
- 4) на недоторканність твору.

Такі ж права авторів записано і в ст. 14 Закону України «Про авторське право і суміжні права», але сформульовано дещо по-іншому:

- 1) вимагати визначення свого авторства шляхом зазначення належним чином імені автора на творі і його примірниках і за будь-якого публічного використання твору, якщо це практично можливо;
- 2) забороняти під час публічного використання твору згадування свого імені, якщо він як автор твору бажає залишитись анонімним;
- 3) вибирати псевдонім, зазначати і вимагати зазначення псевдоніма замість справжнього імені автора на творі і його примірниках і під час будь-якого публічного використання;
- 4) вимагати збереження цілісності твору і протидіяти будь-якому іншому посяганню на твір, що може зашкодити честі і репутації автора [10].

Загальноприйнято вважати, що особисті немайнові права творців є невідчужуваними. З цього приводу О. А. Підпригора зазначає, що суб'єкти авторських прав – не автори – не можуть мати права, які мають автори творів, а особисті немайнові права автора є невід'ємними від нього [11, с. 549]. Й. О. Покровський на початку ХХ ст. писав: «Если всякое субъективное право обеспечивает личность от произвола властей, то идея

«неотъемлемых прав» направляется против государства как такового. Самоутверждение личности достигает здесь в юридическом отношении своего кульминационного пункта» [12, с. 309]. Він же прогнозував, що новий розвиток правосвідомості рухатиметься в напрямі визнання прав фізичної особи, навіть конкретної людської особистості, а право зобов'язане буде взяти всі порушені нематеріальні інтереси під свій захист [12, с. 138–139]. Питання невідчужуваності особистих немайнових прав інтелектуальної власності все ж залишається дискусійним у науці права. Коротко відзначимо відмінні риси невідчужуваності та невід'ємності особистих немайнових прав, у результаті відчуження блага стає чужим для первісного володільця й своїм – для набувача. Такий процес може супроводжуватися переходом самого блага, ключовим у даному способі обороту є не перехід блага, а те, що воно стає чужим для відчужувача і своїм – для похідного набувача [13, с. 7]. Невід'ємність – це такий нерозривний зв'язок блага з його носієм, який створює неможливість фізично відокремити його від конкретної особи [11, с. 231]. Зв'язок є настільки нерозривним, що зникнення суб'єкта тягне за собою припинення чи зникнення об'єкта [14, с. 233]. Так, наприклад, якщо після смерті автора його художній твір продовжує існувати автономно, тобто відокремлюється від нього, автономність цих нематеріальних благ створює можливість доступу до них третіх осіб, а також можливість використовувати їх у відриві від автора [14, с. 234]. Можна зазначити, що особисті немайнові права авторів залишаються невідчужуваними, але від'ємні як за життя, так і після смерті свого володільця.

У юридичній літературі розглянутого періоду зустрічаються посилення на те, що особистість автора визначається зазначенням імені на книзі, навіть якщо в дійсності вона була написана іншою особою. Це приводить до висновку про те, що представники радянської доктрини не вважали аморальним і протиприродним практику використання праць «літературних негрів» і таким чином допускали можливість уступки прав авторства. Класична контрверза про те, чи є в дійсності авторське право правом власності, поділила спеціалістів на два протилежні табори: прихильників «пропріетарної» теорії, які наполягали на повній асиміляції цих двох прав (І. Г. Табашников, Д. І. Мейер), та її противників, які вважали авторське право особливим (*sui generis*) і, головним чином, майновим правом (А. Пиленко, Г. Ф. Шершеневич, В. Спасовис, К. Анненков та інші).

У Франції на рубежі XIX–XX століть спостерігався бурхливий розвиток доктрини про моральні права. Крім робіт загального характеру,

одна за одною почали з'являтися праці, що стосуються окремих аспектів цих прав. Так, наприклад, тільки питанню впливу моральних прав на включення авторського права до складу спільного майна подружжя було присвячено шість докторських дисертацій, захищених у період з 1902 по 1912 роки [15, с. 73]. Д. Рене Саватьє писав, що зовсім неправильно вимагати, щоб моральне авторське право було невідчужуваним [16, с. 189]. Про можливість відмови автора в договірному порядку від деяких правомочностей у сфері морального права на користь контрагента висловився і Ролан Дюма [16, с. 190]. Французьке законодавство містить окремі норми щодо обмеження моральних прав творців, що також свідчить про відступ від принципу невідчужуваності особистих немайнових прав інтелектуальної власності. Це стосується аудіовізуальних та кінематографічних творів, творів, що передаються в ефір. Зокрема, якщо один з авторів такого твору відмовиться від завершення своєї частини роботи, він не має права перешкоджати використанню вже виконаної роботи для завершення твору. Але застосування даної норми можливе лише щодо незавершеного твору. Інший виняток французького законодавства пов'язаний з певними умовами договорів. Наприклад, якщо за договором надаватиметься право екранізувати літературний твір, то зрозуміло, що він обов'язково підлягатиме змінам, і автор не має права перешкоджати цьому [16, с. 191].

За своєю суттю авторське право – це панування особи над твором, яке може існувати за наявності як майнових, так і немайнових прав. Крім того, як зазначають О. О. Моргунова, О. А. Рузанова у своїй праці, немайнові права як права, що пов'язані з індивідуальністю творця, повинні займати значне місце, їх роль повинна зростати з прогресом суспільства, виключний характер мають не тільки майнові, а й немайнові права [17, с. 16]. Особисті немайнові права автора тісно пов'язані з майновими, у деяких випадках існує необхідність регулювання майнових відносин разом з особистими немайновими, зокрема при регулюванні відносин, пов'язаних з вільним використанням твору. Іноді для правильного розуміння змісту немайнового права потрібно з'ясувати зміст майнового. Тісний зв'язок, переплетення прав подібні огірковій огудині, де стебла не можна роз'єднати, не пошкодивши яке-небудь із них [17, с. 18].

Правонаступництво в авторському праві можливе як за життя автора – на підставі договору, за яким автор передає фізичній, а, як показує практика, частіше юридичній особі, визначені права на використання твору як у межах терміну, встановленого законом або договором, так і в порядку спадкування. Проте необхідно зазначити, що похідне авторське

право спадкоємців, у свою чергу, теж може бути передано іншій особі за договором.

За життя автора твору науки, літератури та мистецтва до правонаступників на підставі договору зазвичай переходять ті правомочності, які автор, як правило, не може здійснити сам, тому правонаступниками насамперед є юридичні особи, такі як: видавництва, кіностудії, театри та інші [18]. правонаступниками українських авторів можуть бути не тільки українські, а й іноземні юридичні та фізичні особи.

У разі смерті автора або оголошення його померлим власниками майнових авторських прав стають спадкоємці автора твору, які набувають зазначених прав відповідно до закону або заповіту. Спадкоємці автора можуть також захищати деякі немайнові права автора у разі їх порушення. Згідно зі ст. 29 Закону [19] спадкоємці мають право захищати авторство на твір і протидіяти перекрученню, спотворенню чи іншій зміні твору, а також будь-якому іншому посяганню на твір, що може завдати шкоди честі та репутації автора. Тут виникає питання: якщо особі надається таке право захищати і вона з метою протидії, щоб не завдати шкоди честі та репутації автора, надає згоду, що це, як не правонаступництво особистих немайнових прав авторів?

У Канаді, наприклад, особисті немайнові права конкретним чином визначені в її національному законодавстві [20, с. 114], причому у формулюванні, що схоже з тим, яке використовується в п. 1 ст. 6 bis Бернської конвенції 1971 р.: «Незалежно від майнових прав автора і навіть після відступлення цих прав він має право вимагати визнання свого авторства на твір і протидіяти будь-якому перекрученню чи іншій зміні цього твору, а також будь-якому іншому зазіханню на твір, здатному завдати шкоди честі або репутації автора» [21].

На думку Б. Набхана, частковий перегляд канадського законодавства у 1988 р. уточнює це формулювання, однак право заявляти авторство на твір не встановлюється як абсолютне право, оскільки воно надається тільки «з урахуванням розумного використання» [22]. Необхідно відзначити, що багато фахівців у сфері авторського права, у тому числі й В. Набхан, обґрунтовано вважають, що ця умова серйозно підриває саму концепцію особистих немайнових прав, що повинні існувати апріорі й завжди. Дійсно, законодавство Канади визнає, що за життя автора особисті немайнові права переданню не підлягають, однак допускає відмовлення від них, не вимагаючи, щоб вони були підтверджені в письмовому вигляді [23, с. 197].

В умовах ринкової економіки, за яких зростає роль юридичних осіб, фізичних осіб – підприємців, необхідним є набуття і реалізація ними певних особистих немайнових прав інтелектуальної власності, і тому надзвичайного значення набуває питання можливості відчуження окремих особистих немайнових прав творців [24, с. 73]. О. П. Сергєєв допускає можливість передачі особистого немайнового права – права на недоторканність твору [25, с. 193]. А. Войцеховська свідчить про спроби вирішення питання польськими науковцями з галузі права. Зрозуміло, що тривалий зв'язок особистих прав з автором є перешкодою для використання суспільством створеного ним об'єкта [24, с. 73]. Зокрема, А. Войцеховська ознайомлює з поглядом про можливість втручання в особисті немайнові права автора за згодою самого автора, оскільки «...домінує впевненість, що висловлення згоди на втручання в особисті авторські права, яка призводить до порушення цих прав, позбавляє дію ознак незаконності» [24, с. 73].

У Болгарії, наприклад, відповідно до чинного Закону Болгарії «За авторського право и сродните му права» невідчужуваними є не тільки право авторства та право на ім'я чи іншу ідентифікацію автора (псевдонім, анонім), а й інші немайнові права автора, у тому числі право на недоторканність твору, які можуть відчужуватися за згодою автора, наданою у письмовій формі [26, с. 16].

У доктрині обґрунтовується думка про необхідність розмежувати особисті немайнові права, немайнові та майнові права інтелектуальної власності [24, с. 23]. Автори доходять висновку, що такий поділ доцільний з огляду на зміст й обсяг цих прав; способи і порядок їх реалізації, коло суб'єктів і особливості захисту. Особисті немайнові права інтелектуальної власності є невідчужуваними, а немайнові та майнові права можуть відчужуватися. Такої ж думки дотримуються і М. І. Нікітіна та В. А. Кабатов, мотивуючи такий підхід тим, що ступінь зв'язку прав автора з твором різна: право авторства і право на ім'я невідчужувані ні за яких умов, а зв'язок з іншими правами не такий стійкий, оскільки вони можуть здійснюватися іншими особами (право на недоторканність, право на опублікування) [27, с. 75], [28, с. 7].

Таким чином, як зазначає С. О. Сліпченко, закріплення поняття цивільного обороту як відчуження, переходу об'єктів цивільного права від однієї особи до іншої відповідає суті даного явища і відображає рух благ як процесу, шляхом надання прав. Він наводить приклад щодо відчуження рухомої речі. Так, відчуження рухомої речі припускає передачу самого матеріального блага і права власності на нього, проте перехід – це не

завжди відчуження і навіть не завжди передання. Щодо предметів матеріального світу допуск відбувається через передання, бо вилучення вигоди можливе через безпосередній вплив на річ, а от щодо нематеріального об'єкта, що не має просторових кордонів, – через допуск до нього третіх осіб. При цьому, якщо відчуження робить благо чужим для відчужувача, то допуск до використання – ні. Наприклад, власник-наймодавець передає наймачеві річ (тобто має місце перехід об'єкта) і надає йому право користування (тобто має місце перехід права користування), однак відчуження в цьому випадку не відбувається. Що стосується нематеріальних об'єктів, то в даному випадку відчуження просто не відбувається. Так, об'єкти інтелектуальної власності не відчужуються, але за допомогою авторських договорів, договорів про надання права на використання або поступку права, власник права здійснює допуск до свого блага третіх осіб і таким чином вводить благо як цінність в економічний оборот. При цьому перехід (надання права) вказує на наявність цивільного обороту [14, с. 97].

Підводячи підсумки, можемо зазначити, що особисті немайнові права авторів на літературні, художні та інші твори можуть переходити в порядку правонаступництва, вони є від'ємними від творця, але не відчужуваними, і це ставить перед дослідниками завдання визначення та систематизації таких прав.

1. Slipchenko S.A. *Tradable objects of moral rights, ensuring social being of an individual: monograph.* / H.: FOP Michurina NA, 2011 – 336 p.
2. Cherepakhin B.B. *Succession in the Soviet civil law* / B.B. Cherepakhin // *Tr. by CET. Law (Classical Russian civil law).* - M.: Statute, 2001 – 479 p.
3. Ketrar A. *Commitments Copyright: Thesis. ... Candidate. Legal. sciences: 12.00.03* / A. A Ketrar. - Odessa, 2014. – 195 p.
4. Serebrovskii V.I. *Problems of Soviet copyright* / V.I. Serebrovskii. - Moscow: Publishing House of the Academy of Sciences of the USSR, 1956 – 283 p.
5. Bliznec I. A. *Copyright and Related Rights: Proc.* / I. A. Bliznec, K. B Leontiev; under. Ed. IA Twin. - M.: Prospect, 2011 – 416 p.
6. Qambarov Y.S. *Civil Law. The general part* / Y.S. Qambarov; ed. and with a preface by V.A. Tomsinova. – M., 2003 – S. 589 – 590.
7. Gordon M.V. *Soviet copyright* / M.V. Gordon – M.: Gosjurizdat, 1955. – 232 p.
8. Zhilinkova O.V. *Treaty in sferi realizatsii avtorskih rights muzichny tvir: monograph.* / O.V. Zhilinkova. – H., 2008. – 212 p.
9. Gavrilov E.P. *Copyright. Publishing contracts. Royalties* / E.P. Gavrilov. – M: the Legal. literature, 1988 – 176 p.

10. *Law of Ukraine «On Copyright and Related Rights» on December 23, 1993 // BD Ukraine. – 1994. – № 13. – Art. 64.*
11. *Civil Law of Ukraine: a textbook. : 2 Vol. / O.V. Zeri, D. Beaver, A. Dovgert et al. , eds. A.V. Zeri, N. Kuznetsova. – K.: Inter Yurinkom, 2004 – Bk. 1 – 736 p.*
12. *Pokrovsky I.A. Basic problems of civil law / I.A. Pokrovsky. – M.: Statute, 2001 – 353 p.*
13. *Sukhanov E.A. Lectures ownership / E. A. Sukhanov. – M.: Legal Literature, 1991 – 240 p.*
14. *Pronina A. «Formation of the concept of moral rights in France prior to the adoption of the law on March 11, 1957.» - IP. Copyright and Related Rights number 1, 2008 – P. 73 – 84.*
15. *Slipchenko S.O. Moral relationship for sites: monogr. / S.O. Slipchenko. - H.: Disa plus, 2013. – 552 p.*
16. *Rolan Duma. Literary and artistic property. Copyright France: monograph. - Ed. 2nd / Rolan Duma. – M.: International Relations, 1993. – 384 p.*
17. *Morgunova E.A., Ruzanova O.A. Copyright: Comment legislation. Samples of documents. FAQ / E.A. Morgunova, O.A. Ruzanova. – M.: Exam; Law and Law, 2004. – 272 p. (Series «Legal Reference»).*
18. *Grishaev S.P. Copyright [Electron resource]. - Mode of access: <http://www.adhdportal.com/>.*
19. *On Copyright and Related Rights: The Law of Ukraine of 23.12.1993 № 3792-XII // Supreme Council of Ukraine. – 1994. – № 7. – P. 32.*
20. *Cohen Jehoram H. Rapport entre le droit d’auteur et les droits voisins / H. Cohen Jehoram // Revue internationale du droit d’auteur. – Paris, 1990. –Avril. № 144. – P. 114–117.*
21. *Laws Canada. R.S. – Art. 32 ; 1931. – P. 8.*
22. *Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works: Paris Act of July 24, 1971, rev. September 28, 1979 - Geneva: WIPO, 1990. – 16.*
23. *Nabhan V. Coup d’ceil sur les modifictions a la loi sur le droit d’author au Canada / V. Nabhan // Revue internationale du droit d’auteur. – Paris, 1989. –October. – P. 197.*
24. *Moral rights of intellectual property creators: monogram. / Under total. eds. V.V. Lutsya. - Ternopol: textbooks, 2007. – 256 p.*
25. *Moral Sergeev A.P. Intellectual Property Right in the Russian Federation / A.P. Sergeev. – Moscow: TEIS, 1996. – 704 p.*
26. *Nikitin M.I. Copyright in works of science, literature and art / M.I. Nikitin. - Kazan: Kazan University, 1972. – P. 75.*

27. *Intellectual property. Compilation of regulations. - Sofia: Soloton, 2005 – P. 16.*

28. *Kabatov V.A. Soviet copyright in the work of art: Abstract. dis. Candidate. jurid. : 12.00.03. / V.A. Kabatov. – M., 1954. – P. 7.*

Ясечко С. В. Правонаступництво особистих немайнових прав авторів літературних, художніх та інших творів.

У статті розглядаються проблемні питання щодо можливості правонаступництва особистих немайнових прав авторів літературних, художніх та інших творів. Загальноприйнято вважати, що особисті немайнові права творців є невідчужуваними. Питання невідчужуваності особистих немайнових прав інтелектуальної власності все ж таки залишається дискусійним у науці права. У статті розглядаються відмінності між невідчужуванням та невід'ємністю особистих немайнових прав авторів. На підставі цього зроблено висновок, що особисті немайнові права авторів залишаються невідчужуваними, але від'ємними як за життя, так і після смерті їх володільця. Так, особисті немайнові права авторів на літературні, художні та інші твори можуть переходити в порядку правонаступництва.

Ключові слова: правонаступництво, особисті немайнові права, невідчужуваність, від'ємність благ.

Ясечко С. В. Правопреемство личных неимущественных прав авторов литературных, художественных и других произведений.

В статье рассматриваются проблемные вопросы относительно возможности правопреемства личных неимущественных прав авторов литературных, художественных и других произведений. Общепринято считать, что личные неимущественные права создателей неотчуждаемы. Вопрос неотчуждаемости личных неимущественных прав интеллектуальной собственности все же остается дискуссионным в науке права. В статье рассматриваются различия между неотчуждаемостью и делимостью личных неимущественных прав авторов. На основании этого сделан вывод, что личные неимущественные права авторов остаются неотчуждаемыми, но делимыми как при жизни, так и после смерти их владельца. Так, личные неимущественные права авторов на литературные, художественные и другие произведения могут переходить в порядке правопреемства.

Ключевые слова: правопреемство, личные неимущественные права, неотчуждаемость, делимость благ.

Yasechko S.V. Succession moral rights of authors of literary, artistic and other works.

The article deals with issues related opportunities succession of moral rights of authors of literary, artistic and other works. The general opinion is that moral rights are inalienable creators. Question inalienability of moral rights of intellectual property still remains controversial in science right. The article examines the differences between unexclusion and inalienability of moral rights of authors. On this basis it is

concluded that the moral rights of authors are inalienable, but negative as in life and after death of the holder. So, the moral rights of authors of literary, artistic and other works can proceed in succession.

Keywords: succession, moral rights, inalienability, unexclusion, alienation of benefits.

Зміст

<i>Беляневич О.А.</i> Про застосування судом засад добросовісності, розумності і справедливості при вирішенні корпоративних спорів.....	5
<i>Васильєва В.А.</i> Промислова власність і корпоративна власність: конкуренція норм	14
<i>Васильєва В.В.</i> Реальний договір як юридичний склад. правова природа реального договору.....	22
<i>Вінтоняк Н.Д.</i> Особливості поділу корпоративних прав подружжя: шлях до справедливості	30
<i>Гриняк А.Б.</i> Особливості правового регулювання відносин з поглинання компаній за законодавством держав-членів ЄС.....	35
<i>Дзера О.В.</i> Деякі питання співвідношення сімейного та корпоративного законодавства у сфері майнових відносин подружжя	42
<i>Жаба Матеуш.</i> Примусовий викуп акцій у Кодексі торговельних товариств Польщі.....	49
<i>Zdanikowski Paweł.</i> Inheriting shares in a limited liability company in a legal comparative perspective.....	57
<i>Зеліско А.В.</i> Легальні конструкції підприємницьких юридичних осіб приватного права за законодавством України та зарубіжних держав: компаративістський аспект	65
<i>Зозуляк О.І.</i> Проблеми вдосконалення правового регулювання здійснення підприємницької діяльності невідприємницькими організаціями зі статусом юридичної особи	76
<i>Калаур І.Р.</i> Окремі аспекти систематизації договорів, за якими майно передається в користування.....	90
<i>Boric Tomislav, Kovalyshyn O.R.</i> The legal status of limited liability company in Republic of Austria.....	101

<i>Кожевникова В. О.</i> Доктринальні підходи до правової категорії обмежень прав учасників сімейних правовідносин	110
<i>Кохановська О.В.</i> Інформаційно–правова основа громадянського суспільства	119
<i>Кудель Д.А.</i> Концессионный договор как перспективная форма государственно-частного партнерства по законодательству Республики Беларусь	138
<i>Мартынченко И.Э.</i> Возмещение ущерба, причиненного объекту культурного наследия: возможность использования опыта Украины в законодательстве Республики Беларусь.....	153
<i>Первомайський О.</i> Сучасні проблеми застосування Цивільного та Господарського кодексів в регулюванні приватних відносин за участю суб'єктів публічного права.....	162
<i>Piniot Piotr.</i> Duty of loyalty in companies' corporate relationships	173
<i>Сліпенчук Н.А.</i> Виключення учасника з товариства в судовому порядку: європейський досвід	180
<i>Ясечко С.В.</i> правонаступництво особистих немайнових прав авторів літературних, художніх та інших творів.....	188

Content

<i>Belianevych O.</i> About the application by the court the fundamentals of honesty, reasonableness and fairness in the corporate disputes	5
<i>Vasylieva V.A.</i> Industrial Property Versus Corporate Property: Conflict Of Laws	14
<i>Vasilyeva V.V.</i> Real Contract As Judicial Structure. Legal Nature of Real Contract.	22
<i>Vintonyak N.D.</i> Features Of Spouses' Corporate Rights Separation: Path To Justice	30
<i>Grynyak A.B.</i> Features Of The Legal Regulation Of Relations With The Acquisitions Under The Laws Of The Member States Of The European Union	35
<i>Dzera O.V.</i> Some Issues Concerning The Correlation Of Family And Corporate Legislation In The Sphere Of Property Relations Between Married Couple	42
<i>Żaba M.</i> The Squeeze-Out Regulation In The Polish Code Of Commercial Companies	49
<i>Zdanikowski Paweł.</i> Inheriting Shares In A Limited Liability Company In A Legal Comparative Perspective	57
<i>Zelisko A.V.</i> Construction Of Entrepreneurial Legal Entities Of Private Law In The Legislation Of Ukraine And Foreign Countries: Comparative Analysis	65
<i>Zozuliak O.I.</i> The Problems Of Legal Regulation Improvement Of Entrepreneurship Done By Non-Commercial Organizations With Legal Entity Status	76
<i>Kalaur I.R.</i> Some Aspects Of Systematization Contracts For Which Property Is Transferred For Use	90
<i>Boric Tomislav, Kovalyshyn O.R.</i> The legal status of limited liability company in Republic of Austria.....	101

<i>Kozhevnikova V.O.</i> Doctrinal Approaches To The Legal Category Of The Limitation Of Rights Of The Participants Of Family Legal Relationship.....	110
<i>Kokhanovska O.V.</i> Information - Legal Basis For Civil Society	119
<i>Kudzel D.</i> Concession Contract As A Perspective Form Of Public-Private Partnership Under The Legislation Of The Republic Of Belarus.	138
<i>Martynenka I.E.</i> The Damages Caused To The Cultural Heritage: The Possibility Of Using The Experience Of Ukraine In The Legislation Of The Republic Of Belarus....	153
<i>Pervomayskiy O.</i> Nowadays Problems Of Application Of Civil And Economic Codes In Regulation Of Private Relations With The Participation Of Subjects Of Public Law	162
<i>Pinior Piotr.</i> Duty Of Loyalty In Companies' Corporate Relationships	173
<i>Slipenchuk N.A.</i> Exception Of Participant From A Company In The Judicial Order: European Experience	180
<i>Yasechko S.V.</i> Succession Moral Rights Of Authors Of Literary, Artistic And Other Works	188

Наукове видання

Міжнародний журнал
ПРАВО І СУСПІЛЬСТВО

International Journal
LAW & SOCIETY

В редакції авторів наукових статей

Комп'ютерна верстка і правка Ігор КОЗИЧ

Підписано до друку 02.04.2015.

Формат 70x100. Папір офсетний.

Гарнітура «Times New Roman».

Ум.друк.арк. 12,65. Обл.-вид.арк. 13,75. Вид № в5114/15.

Тираж 100 прим.

Виготовлювач друкарня «Фоліант»
(ПП Віконська О.В.), м.Івано-Франківськ,
вул. Старозамкова, 2, тел./факс
(0342) 50-21-65; (багатоканальний)

Свідоцтво суб'єкта видавничої справи Серія ІФ №24
foliant.drukarnja@gmail.com