

ми та можуть і не розголошуватися. Засобом сповіщення в цьому разі буде персональна пропозиція до учасників торгів.

На відміну від відкритих торгів, у закритих торгах можуть брати участь тільки ті особи, фізичні чи юридичні, які отримали спеціальні запрошення до участі в торгах. Ніякі інші особи не можуть брати участі в цих процедурах, ніякі інші особи не можуть подати заявки для участі в торгах.

Засновник торгів сам обирає вид торгів, який буде застосований, звичайно, якщо закон не містить імперативу щодо форми торгів. Адже недоцільно застосовувати дорогі відкриті конкурси для закупівлі незначної партії товару – для цього є спрощені способи закупівлі.

В умовах дії ринкового механізму при реалізації принципу свободи підприємництва необхідно розширювати сферу застосування торгів як способу укладання договорів на умовах рівноправної і конкурентної участі всіх суб'єктів ринку. Тим самим забезпечується свобода конкуренції і досягається баланс інтересів як всіх зацікавлених осіб, так і суспільства в цілому.

Внаслідок цього проблема правового регулювання торгів стає в даний час дедалі більш актуальною. Складність її вирішення зумовлює необхідність глибокого і всебічного дослідження динаміки як соціального змісту, так і правової форми відносин, що виникають при проведенні торгів.

### *Література*

1. Відомості Верховної Ради України. – 1992. – № 24. – Ст. 348.
2. Відомості Верховної Ради України. – 1992. – № 24. – Ст. 350.
3. Брагинский М.И., Витрянский В.В. Договорное право. Кн. 1: Общие положения. – 2-е изд. – М.: Статут, 2005. – С. 219.
4. Голубева Н.Ю. Зобов'язання із публічної обіцянки винагороди. Рукопис: Дис. ... канд. юрид. наук. – О., 2005. – С. 138.

УДК 347.42

*О. С. Кізлова*

## **ПИТАННЯ ЗАГАЛЬНОЇ ТЕОРІЇ ЗАБЕЗПЕЧУВАЛЬНИХ ЗОБОВ'ЯЗАНЬ**

Вибір теми дослідження обумовлений насамперед тим, що в практиці сьогодення нерідко трапляються випадки недобросовісного ставлення партнера до виконання взятих на себе зобов'язань. Тому законодавством передбачено можливість застосування способів забезпечення виконання зобов'язань, використовуючи які можна запобігти порушенню умов договору та забезпечити право на компенсацію збитків без пред'явлення позову. До таких способів належать: неустойка, порука, гарантія, застава, завдаток, притримання. Потрібно тільки вибрати із зазначених способів той, використання якого буде найдоцільнішим, а зробити такий вибір, не знаючи особливостей, які притаманні їм, досить важко. Чинний Цивільний кодекс України 2003 року (далі – ЦК) [1] має низку

положень, які є новелами в цивільному законодавстві України в регулюванні забезпечувальних відносин: правила, які встановлюють загальні положення про забезпечення виконання зобов'язань (ст.ст. 546-548 ЦК України).

Обраний напрям дослідження є складовою частиною розробок провідної фундаментальної наукової школи ОНЮА.

Необхідно відмітити, що питання загальних положень забезпечення зобов'язань урегульовані в цивільному законодавстві неповно та суперечливо. Також ці питання не досить ретельно відображені й у науці. Одночасно слід зауважити, що окремим способам забезпечення зобов'язань присвячена велика кількість наукових творів відомих фахівців [2].

Мета дослідження полягає в тому, щоб на основі аналізу сутності захисту інтересів кредитора в цивільному обігу, закріплених у цивільному законодавстві основних положень забезпечувальних зобов'язань, окремих видів забезпечення зобов'язань дослідити основні напрям, особливості загальнотеоретичних питань забезпечувальних зобов'язань в українській цивілістиці.

Новелами ЦК України є відкритий перелік видів забезпечення зобов'язань, закріплений нормами ч. 1 ст. 546 ЦК України, який може бути доповнений умовами договору чи законом. Нормами ЦК України передбачені загальні умови забезпечення виконання зобов'язань, до яких закон відносить положення про те, що виконання зобов'язання забезпечується, якщо це передбачено договором чи законом.

Але вирішуючи старі проблеми, ЦК України встановлює і деякі нові. Так, наприклад, закон не встановлює легальне визначення поняття «спосіб (вид) забезпечення виконання зобов'язання». Нормами ЦК України встановлено право учасників правовідносин самостійно, на свій розсуд застосовувати той чи інший спосіб забезпечення виконання зобов'язання, але не вказує, що є забезпеченням, даючи можливість приділяти його правовими властивостями інші інструменти. Але із застосуванням забезпечувальних механізмів закон пов'язує визначенні правові наслідки<sup>1</sup>, тому чітке законодавче визначення поняття способів забезпечення є необхідним, теоретично та практично виправданим.

Загальним положенням забезпечення зобов'язань присвячений § 1 Розділу 49 ЦК України, до якого входять три статті – 546, 547, 548. Із загального змісту можна визначити, що для попереднього захисту майнових інтересів кредитора, для гарантії належного виконання боржником свого зобов'язання, з метою запобігання чи зменшення розміру негативних наслідків, які можуть настати за умов порушення зобов'язання, законом передбачені спеціальні міри, чи правові

<sup>1</sup> Наприклад, ч. 2 ст. 556 ЦК України встановлює, що до поручителя, який виконав зобов'язання, забезпечене порукою, переходять усі права кредитора в цьому зобов'язанні, у тому числі й ті, що забезпечували його виконання, ч. 6 ст. 694 ЦК України: «з моменту передавання товару, проданого в кредит, і до його оплати продавцю належить право застави на цей товар», ст. 1052 ЦК України: «у разі невиконання позичальником обов'язків, встановлених договором позики, щодо забезпечення повернення позики, а також у разі втрати забезпечення виконання зобов'язання або погіршення його умов за обставин, за які позикодавець не несе відповідальності, позикодавець має право вимагати від позичальника дострокового повернення позики та сплати процентів, належних йому відповідно до статті 1048 цього Кодексу, якщо інше не встановлено договором».

інструменти, забезпечувального характеру. Треба відмітити, що забезпечувальні функції виконуються багатьма правовими інструментами, але власне види забезпечення зобов'язань мають особливі характерні ознаки. Так, «забезпечення» визначається як міри, які мають майновий зміст, виконують функцію спонукання боржника до виконання зобов'язання, а не його покарання, функцію захисту інтересів кредитора, контрольну функцію, вони є попередніми, спеціальними, акцесорними мірами, встановлюються на випадок невиконання або неналежного виконання, надають гарантію виконання кредитору.

Норми про забезпечення внаслідок своєї об'єктивної природи спрямовані на захист кредитора від ризику невиконання, тому змістом забезпечувального механізму є не застосування санкцій за правопорушення, а визначення додаткових джерел, за рахунок яких при несправності боржника зобов'язання буде виконане.

Однією з властивостей забезпечувальних зобов'язань є акцесорність. Акцесорність (від лат. «accessione» – придаток) розглядають як властивість зобов'язання бути додатковим до основного зобов'язання, тобто поділяти його долю [3]. Зобов'язання може бути акцесорним тільки тому, що сторони цих правовідносин мають за мету забезпечувальний інтерес. Наявність даного інтересу обумовлюється умовами правочину, які сформульовані його учасниками. Цей інтерес не тільки обґрунтовує існування забезпечення як самостійної групи правових гарантій, але і передбачає характерні риси акцесорності, які є такими: недійсність основного зобов'язання тягне недійсність додаткового (це положення сформульоване законодавством у вигляді загального правила чч. 2-3 ст. 548 ЦК України); припинення основного зобов'язання тягне припинення додаткового. Для окремих видів забезпечення це положення прямо вказується нормами закону (ст.ст. 559, 568, 593 ЦК України); додаткове зобов'язання спадкує долю основного зобов'язання, якщо змінюються особи в зобов'язанні (ст. 514 ЦК України), при інших змінах основного зобов'язання додаткове припиняє свою дію; кредитором за основним і додатковим зобов'язанням є завжди одна особа; інтерес кредитора за додатковим зобов'язанням може бути реалізований тільки при порушенні умов основного зобов'язання. Це положення відображає властивість забезпечувального зобов'язання: воно виникає тільки на випадок невиконання чи неналежного виконання основного; задоволення інтересів кредитора реалізацією забезпечувального зобов'язання припиняє (повністю чи частково) одночасно два зобов'язання – основне і додаткове; порядок захисту прав у додатковому зобов'язанні залежить від основного зобов'язання (наприклад, вплив строку позовної давності за основним зобов'язанням тягне вплив строку позовної давності для додаткового).

У цивільному законодавстві передбачені способи забезпечення, які можуть застосовуватись до будь-яких зобов'язань – це так звані «загальні» способи забезпечення, а є такі, які передбачені спеціальними нормами про виконання відповідних зобов'язань (постачання, кредитування, розрахунки та ін.) – «спеціальні» способи, чи «міри оперативного впливу». Спеціальні способи забезпечення встановлюються законом особливо для окремих зобов'язань, вони

додаються до змісту договору як звичайні умови. Спеціальні способи не потребують встановлення окремого зобов'язання, вони лише змінюють умови і порядок виконання основного зобов'язання без виникнення нового. Спеціальні способи не виокремлюються від зобов'язання, яким передбачені, і розглядаються тільки у зв'язку з його існуванням. Ці дії в цивільно-правовій доктрині є самостійним видом наслідків невиконання зобов'язання, відмінним від забезпечувальних мір. Вони не тягнуть виникнення самостійного зобов'язання і становлять собою односторонні дії кредитора із зміни чи припинення зобов'язання. До них, наприклад, закон відносить такі способи, як відмова від оплати недоброякісної продукції, зміна оплати за договором, у разі прострочення оплати товару сплата процентів за користування чужими грошовими коштами та інші.

Традиційно до видів загальних способів забезпечення зобов'язань належать неустойка, застава, завдаток, порука, банківська гарантія, притримання (останні два способи є новелою ЦК України). На практиці нема перешкод для застосування одним із загальних способів забезпечення любого дійсного зобов'язання. Одночасно існують визначенні обмеження юридичного та фактичного характеру для реалізації деяких способів забезпечення.

Наприклад, такі види, як неустойка та завдаток, носять двоїстий характер, одночасно виступають як міри цивільно-правової відповідальності. Міри відповідальності неможливо відносити до забезпечувальних мір майже тому, що вони виконують різні функції, їх положення спрямовані на різні ризики, які усуваються різними способами [4].

Інші міри, які передбачені законом чи договором, можливо розглядати як забезпечення в разі, якщо вони надають кредиторі додаткове джерело виконання основного зобов'язання.

Щодо характеристики окремих способів забезпечення виконання зобов'язань слід зазначити, що в ЦК України свій розвиток отримав інститут банківської гарантії. Відповідно до положень ЦК України (ст. 560), за гарантією банк, інша фінансова установа, страхова організація (гарант) гарантує перед кредитором (бенефіціаром) виконання боржником (принципалом) свого обов'язку і відповідає перед кредитором за порушення зобов'язання боржником. Зобов'язання гаранта перед кредитором не залежить від основного зобов'язання (його припинення або недійсності), зокрема, і тоді, коли в гарантії міститься посилення на основне зобов'язання. Незалежний характер банківської гарантії передбачає відсутність у цього зобов'язання всіх ознак акцесорного зобов'язання. З цього приводу відношення банківської гарантії до забезпечувальних зобов'язань є досить дискусійним у науковій літературі.

Більш чіткої регламентації в ЦК України (ст. 553) набули й відносини поруки. За договором поруки поручитель поручається перед кредитором боржника за виконання ним свого обов'язку і відповідає перед кредитором за порушення зобов'язання боржником. Порукою може забезпечуватися виконання зобов'язання як частково, так і в повному обсязі. Поручителем може бути одна особа або кілька осіб. У разі порушення боржником зобов'язання, забезпеченого порукою, боржник і поручитель відповідають перед кредитором як солідарні боржники, якщо

договором поруки не встановлено додаткову (субсидіарну) відповідальність поручителя. Поручитель відповідає перед кредитором у тому самому обсязі, що і боржник, включаючи сплату основного боргу, процентів, неустойки, відшкодування збитків, якщо інше не встановлено договором поруки. Особи, які спільно дали поруку, відповідають перед кредитором солідарно, якщо інше не встановлено договором поруки.

Неустойка (штраф, пеня) (ст. 549) — це грошова сума або інше майно, які боржник повинен передати кредиторіві в разі порушення боржником зобов'язання. Але тепер у разі невиконання або неналежного виконання своїх зобов'язань за договором боржник зможе передати кредиторіві не тільки певну, обумовлену договором грошову суму, а й майно. Отже, предметом неустойки може бути як грошова сума, так і рухоме та нерухоме майно. Крім того, законодавець окремо визначив поняття штрафу та пені:

- штрафом є неустойка, що обчислюється у відсотках від суми невиконаного або неналежного виконаного зобов'язання;
- пенею є неустойка, що обчислюється у відсотках від суми несвоєчасно виконаного грошового зобов'язання за кожен день прострочення виконання.

Право на неустойку виникає незалежно від наявності в кредитора збитків, завданих невиконанням або неналежним виконанням зобов'язання. Проценти на неустойку не нараховуються. Кредитор не має права на неустойку в разі, якщо боржник не відповідає за порушення зобов'язання.

ЦК України (ст. 570) також розширив сферу застосування завдатку. По-перше, цей спосіб забезпечення використовується у відносинах не тільки між громадянами, а й між юридичними особами. Вирішено також проблему співвідношення завдатку й авансу. Так, завдатком визнається грошова сума або рухоме майно, що видається кредиторіві боржником у рахунок належних з нього за договором платежів, на підтвердження зобов'язання і на забезпечення його виконання. Якщо не буде встановлено, що сума, сплачена в рахунок належних з боржника платежів, є завдатком, вона вважається авансом. Аванс, як і завдаток, виконує поряд із платіжною функцією функцію підтвердження укладення договору. Однак, на відміну від завдатку, аванс ніколи не несе на собі забезпечувального навантаження.

Новелою ЦК України є те, що поряд з традиційними способами забезпечення зобов'язань він передбачає новий вид забезпечення — притримання майна боржника кредитором (ст. 549). Суть притримання як способу забезпечення виконання зобов'язання полягає в тому, що кредитор, який правомірно володіє річчю, яка підлягає переданню боржникові або особі, вказаній боржником, у разі невиконання ним у строк зобов'язання щодо оплати цієї речі або відшкодування кредиторіві пов'язаних з нею витрат та інших збитків має право притримати її в себе до виконання боржником зобов'язання.

Притримання речі може забезпечувати інші вимоги кредитора, якщо інше не встановлено договором або законом. Кредитор має притримати річ у себе також у разі, якщо права на неї, які виникли після передання речі у володіння кредитора, набула третя особа. Ризик випадкового знищення або випадкового

пошкодження притриманої речі несе кредитор, якщо інше не встановлено законом.

Іноді до забезпечення можна віднести міри, які спрямовані на створення додаткових гарантій для кредитора за зобов'язанням, але регулюються спеціальними нормами, наприклад страхування.

В юридичній практиці серед способів забезпечення виконання зобов'язань виділяють різноманітні види «попередніх» договорів, або договорів про наміри. На думку автора, така позиція не зовсім правомірна, бо за загальним правилом забезпечуватися може тільки дійсна вимога, а не вимога, яка може виникнути в майбутньому. Отже, однією з умов виникнення забезпечувального зобов'язання є наявність основного зобов'язання. Правочин щодо встановлення способу забезпечення виконання зобов'язання під страхом її недійсності має укладатися в письмовій формі незалежно від форми основного зобов'язання.

Таким чином, можна визначити, що забезпечувальне зобов'язання – це передбачені законом чи договором цивільно-правові міри майнового характеру, які стимулюють належне виконання зобов'язань боржником за допомогою встановлення додаткових гарантій задоволення вимог кредитора.

### Література

1. Цивільний кодекс України від 16.01.2003. – К., 2003.
2. Шершеневич Г.Ф. Учебник русского гражданского права. Т. I. – М., 1914; Медведев Д.А. Российский закон о залоге // Правоведение. – 1992. – № 5; Саниахметова Н.А. Законодательство и практика заключения и обеспечения исполнения кредитных договоров // Бизнес. – 1995; Лунц Л.А. Обязательства в гражданском праве: Тр. Всесоюз. ин-та юрид. наук. – М., 1948; Иоффе О.С. Обязательственное право. – М., 1975; Брагинский М.И. Общее учение о хозяйственных договорах. – Минск, 1967; Братусь С.Н. Юридическая ответственность и законность. Очерк теории. – М., 1976; Благая И. История правового института залога и современность // Право Украины. – 1999. – № 5. – С. 84; Венедиктов А.В. Договорная дисциплина в промышленности. – Л., 1935; Школьник С.Я. Ипотека движимости. – К., 1915; Кассо Л. Понятие о залоге в современном праве. – Юрьев, 1898; Соловьев В. Залог и заклад. 1914; Фалилеев П.А. Ипотека морских судов. – М., 1997; и др.
3. Брагинский М.И., Витрянский В.В. Договорное право. Общие положения. – М., 1997. – С. 384-385.
4. Гришин Д.А. Неустойка: Современная теория // Актуальные проблемы гражданского права. Вып. 2. – М., 2000.

УДК 347.453

*Т. П. Карпечкін*

## ДОГОВІР ЛІЗИНГУ. ОСНОВНІ ЕТАПИ ФОРМУВАННЯ ПОЛОЖЕНЬ ДОГОВОРУ

Світова практика довела, що унікальним інвестиційним механізмом є лізинг – важлива складова державної стратегії розвитку будь-якої цивілізованої країни.