

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

Навчально-науковий юридичний інститут

Міжнародний журнал
ПРАВО І СУСПІЛЬСТВО

International Journal
LAW & SOCIETY

Журнал засновано
у 2014 році

Видається
двічі на рік

Випуск 6

Івано-Франківськ - 2017

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 6. – Івано-Франківськ: Фоліант, 2017. - 131 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 навчально-науковим юридичним інститутом ДВНЗ «Прикарпатський національний університет імені Василя Стефаника» (м.Івано-Франківськ, 6-7 жовтня 2017 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», 2017
© Фоліант, 2017

РЕДАКЦІЙНА КОЛЕГІЯ

Jamie Benidickson, Prof, Директор академії екологічного права МСОП, Професор юридичного факультету університету Оттави (Канада, Оттава)

Pawel Czubik, Prof, Dr hab, Член консультативної ради міністерства закордонних справ Республіки Польща, Професор Економічного університету (Польща, Краків)

William Henry De Soto, Associate Professor (доцент), Професор факультету політичних наук Техаського університету (США, Техас)

Andrzej Herbet, Prof, Dr hab, Заступник декана Факультету права, канонічного права та адміністрації Католицького університету ім. Павла II (Польща, Люблін)

Monika Jurčová, PhD. doc. JUDr. професор, завідувач кафедри цивільного та комерційного права Трнавського університету (Словаччина, Трнава)

Konrad Kohutek, Prof, nadzw, Dr hab, Завідувач кафедри публічного господарського права Академії А.Ф.Моджевського (Польща, Краків)

Jerzy Malec, Prof, Dr hab, Ректор Краківської Академії імені А.Ф.Моджевського (Польща, Краків)

Nilufer Oral, Prof, Голова академії екологічного права МСОП, Професор юридичного факультету Стамбульського університету (Туреччина, Стамбул)

Piotr Pinior, Prof, Dr hab, завідувач кафедри господарського та корпоративного права, заступник декана факультету права та адміністрації Сілезького університету (Катовіце, Польща)

Přemysl Raban, Prof. JUDr. професор кафедри комерційного права Університету Західної Богемії (Плзень, Чехія)

George Tumanishvili, Prof, Професор факультету права державного університету Ілії (Грузія, Тбілісі)

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)

Mariusz Zalucki, Prof, nadzw, Dr hab, Голова інституту приватного права Академії А.Ф.Моджевського, завідувач кафедри цивільного права (Польща, Краків)

Зорин Георгій Алексеевич, проф., д.ю.н., професор кафедри кримінального процесу і криміналістики Гродненського державного університету ім. Янки Купали (Білорусь, Гродно)

Чебуранова Светлана Егоровна, доц., к.ю.н., Декан юридичного факультету Гродненського державного університету ім. Янки Купали (Білорусь, Гродно)

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 Вячеслав Іванович, проф., д.ю.н., Професор кафедри кримінального права Національного юридичного університету ім.Ярослава Мудрого, акад. НАПрН України, академік-секретар відділу кримінально-правових наук НАПрНУ, член Міжнародної асоціації кримінального права (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., д.ю.н., Завідувач кафедри трудового, екологічного та аграрного права ПНУ ім. В. Стефаника (Україна, Івано-Франківськ)

Крупчан Олександр Дмитрович, проф., 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, член Міжнародної асоціації кримінального права (Україна, Івано-Франківськ)

Васильєва В.В.

*кандидат юридичних наук,
науковий співробітник
Лабораторії проблем
корпоративного права
НДІ приватного права
та підприємництва імені
акад. Ф. Г. Бурчака НАПрН
України*

Vasylieva V.V.

*PhD, scientific researcher
at the Private Law and
Entrepreneurship Research
Scientific Institute named after
acad. F.G. Burchak of The
National Academy of Legal
Sciences of Ukraine*

ПОНЯТТЯ ТА ОЗНАКИ КОРПОРАТИВНОГО ДОГОВОРУ

УДК 347.44

Чинне законодавство лише опосередковано передбачає можливість врегулювання корпоративних відносин учасників юридичної особи корпоративного типу на договірній основі. Так, у ч. 1 ст. 29 Закону України «Про акціонерні товариства» [1] йдеться про те, що статутом акціонерного товариства може бути передбачена можливість укладення договору між акціонерами, за яким на акціонерів покладаються додаткові обов'язки, у тому числі обов'язок участі у загальних зборах, і передбачається відповідальність за його недотримання. Вищезазначена норма закону передбачає, що акціонери вправі укласти між собою такий договір лише якщо попередньо така можливість була обумовлена у статуті акціонерного товариства. Окрім того, положення Закону України «Про акціонерні товариства» застосовуються щодо створення та діяльності лише акціонерних товариств. Інші ж різновиди юридичних осіб корпоративного типу, зокрема, товариства з обмеженою відповідальністю, товариства з додатковою відповідальністю, повні та командитні товариства, залишаються поза увагою законодавця.

Вищенаведена норма не може бути використана для дослідження та виявлення природи корпоративного договору між учасниками юридичної особи корпоративного типу, оскільки передбачає можливість встановлення лише додаткових обов'язків. Враховуючи відсутність загального правила щодо можливості укладення учасниками господарського товариства договорів з приводу реалізації корпоративних прав, наявність такого положення в ст. 29 Закону України «Про акціонерні товариства» може спричинити викривлене розуміння сутності корпо-

ративного договору, який, в першу чергу, є результатом реалізації ними автономної волі, спрямованої на впорядкування відносин щодо узгодженого здійснення корпоративних прав, а не лише встановлення додаткових обов'язків.

Щодо поняття корпоративного договору у цивілістичній доктрині склалося декілька точок зору. Одні дослідники розглядають корпоративний договір у широкому розумінні, стверджуючи про те, що він є багатостороннім правочином, сторонами якого можуть бути сама юридична особа корпоративного типу, її учасники (засновники), а також треті особи. Таке визначення є досить загальним та не розкриває особливостей даної категорії. Так, О. М. Вінник, пропонуючи визначення поняття акціонерної угоди, стверджує, що нею є договір між учасниками акціонерних відносин (засновниками, акціонерами, потенційними акціонерами), що закріплює особливості реалізації сторонами договору корпоративних прав [2, с.25]. Таким чином, автор відносить до можливих сторін акціонерної угоди не лише дійсних, а й майбутніх акціонерів. Дослідник О. А. Кириллових пропонує визначити корпоративний договір як угоду, що укладається між юридичною особою корпоративного типу і її учасниками, і спрямована на організацію різних сторін життєдіяльності товариства [3, с.39]. О. В. Серих визначає корпоративний договір як джерело корпоративного права, формулюючи визначення поняття як «нормативний договір, який містить норми корпоративного права, визначає універсалізацію прав і обов'язків сторін корпоративних відносин, надає їм тривалий, стабільний характер (наприклад, засновницький договір юридичної особи)» [4, с.97]. Такий підхід до визначення не розкриває повною мірою суті та правову природу корпоративного договору, оскільки не містить його характерних ознак. Більше того, одним із різновидів корпоративного договору автор називає засновницький договір юридичної особи. У ч. 10 ст. 67.2 ЦК Російської Федерації встановлено із певними застереженнями, що правила про корпоративний договір застосовуються до договору про заснування товариства [5], що також свідчить про певну схожість даних правових категорій. Так, у засновницькому договорі засновники зобов'язуються створити суб'єкт господарювання, визначають порядок спільної діяльності щодо його утворення, умови передачі йому свого майна, порядок розподілу прибутків і збитків, управління діяльністю суб'єкта господарювання та участі в ньому засновників, порядок виходу та входження нових засновників, інші умови діяльності суб'єкта господарювання, які передбачені законом, а також порядок його реорганізації та ліквідації відповідно до закону. На противагу, корпоративний договір має іншу право-

ву природу. Він, як і засновницький договір, виступає регулятором корпоративних відносин, що складаються між учасниками юридичної особи корпоративного типу, однак не на етапі заснування юридичної особи, а у процесі її діяльності. На відміну від засновницького договору, який регулює переважно господарсько-організаційні відносини між засновниками господарського товариства, предметом корпоративного договору є безпосередньо управління корпоративними правами.

Корпоративний договір укладається учасниками уже функціонуючого товариства. Цим обумовлюється похідний (акцесорний) характер корпоративного договору щодо засновницького договору чи статуту юридичної особи корпоративного типу. Акцесорний характер корпоративного договору впливає на низку умов договору, які погоджуються сторонами з урахуванням регламентації цих умов в основному зобов'язанні. Вони змушені мати похідний характер щодо всіх актів корпоративного зобов'язання під загрозою їх недійсності [6, с.141].

Існує цікава думка представника російської цивілістичної науки В. К. Андрєєва, який стверджує, що корпоративний договір – це таке правове явище, яке включає в себе як ознаки цивільно-правової угоди, так і рішення загальних зборів учасників (членів) корпоративної організації. Вчений відзначає, що корпоративний договір є інструментом корпоративного управління, коли рішення учасників товариства приймається відповідно до порядку, встановленому в одному документі та підписаному сторонами цього договору [7]. На противагу цій позиції, Д. В. Ломакін вказує, що даний договір не є юридичним фактом особливого виду і є звичайним цивільно-правовим договором. В обґрунтування своєї думки науковець стверджує, що правочин учасників лише регламентує процедуру здійснення корпоративних прав, однак не може породжувати нові корпоративні права. Виходячи з цієї позиції, корпоративні договори не можна вважати доповненням до статуту господарського товариства, який передбачає необхідні умови управління господарським товариством, які з якихось причин не закріплені в статуті [8, с.14].

Інші дослідники розглядають корпоративний договір вузькоспеціалізовано. Вони вважають, що під корпоративним договором слід розуміти домовленість між учасниками юридичної особи корпоративного типу з приводу визначення порядку реалізації належних їм корпоративних прав. Так, В. А. Васильєва визначає корпоративний договір як угоду між учасниками юридичної особи корпоративного типу, якою вони визначають порядок здійснення корпоративних прав, і зобов'язуються здійснювати певним чином ці права або утримуватись від здійснення цих прав

для реалізації спільних охоронюваних законом інтересів [9, с.26]. О. Р. Кібенко визначає корпоративний договір як договір між акціонерами з питань корпоративного управління, як одну з форм волевиявлення учасників [10]. І. В. Венедиктова використовує поняття корпоративної угоди та визначає її як договір між учасниками юридичної особи корпоративного типу, за яким вони визначають порядок здійснення як корпоративних прав, так і прав на частку (акцію) і зобов'язуються здійснювати певним чином ці права або утримуватись від здійснення цих прав для реалізації спільних охоронюваних законом інтересів [11, с.37]. На думку О. І. Виговського, договором між акціонерами є цивільно-правовий договір, за яким сторони – акціонери певного акціонерного товариства – зобов'язуються узгоджено здійснювати належні їм майнові та немайнові права, посвідчені акціями, з метою забезпечення своїх інтересів, пов'язаних з участю в управлінні цим акціонерним товариством [12, с.167].

У своєму дисертаційному дослідженні М. М. Сигидин вірно зазначає, що корпоративний договір виступає формою волевиявлення акціонерів, що спрямована на реалізацію спільних їх інтересів, які охороняються законом. І, що саме мета такого договору, якою є забезпечення реалізації спільних інтересів, визначає його сутність – впорядкування відносин щодо управління корпоративними правами [13, с.33]. Як зазначає І. В. Спасибо-Фатєєва, основною метою укладення корпоративного договору є здійснення організаційного впливу на юридичну особу корпоративного типу шляхом координації дій та спільних інтересів її учасників [14, с.44].

Для того, щоб визначити сутність та правову природу корпоративного договору, необхідно дослідити його основні характерні ознаки, які складаються з: 1) ознак, що притаманні корпоративному договору як правочину; 2) ознак, що відрізняють даний договір від інших договірних конструкцій.

До першої групи ознак варто віднести:

- вольовий характер, тобто спрямованість на досягнення певного правового результату;
- наявність сторін договору – суб'єктів цивільних відносин, які виражають свою волю;
- спрямованість цієї волі на встановлення, зміну, припинення цивільних прав і обов'язків;
- в основі договору повинна бути домовленість сторін, тобто результат синтезу волі сторін, який спрямований на забезпечення їх інтересів;
- відповідність волі сторін їх волевиявленню;

- втілення волевиявлення у певній законодавчо визначеній формі;
- правомірність дій, що тягнуть виникнення або видозміни регулятивних цивільних правовідносин;
- опосередкування динаміки цивільних правовідносин між суб'єктами цивільного права та спрямованість на реальне настання правових наслідків.

Щодо ознак, які відрізняють корпоративний договір від інших договорів, то основним критерієм розмежування виступає предмет договору.

Аналізуючи, що саме виступає предметом досліджуваного явища, слід зазначити, що даний договір має організаційний характер. Ще у 1960-х роках О. О. Красавчиковим була сформульована концепція цивільно-правових організаційних відносин, «що засновані на засадах координації і субординації соціальних зв'язків, які спрямовані на впорядкування (нормалізацію) суспільних відносин, дії їх учасників або на формування нових соціальних утворень» [15, с.163]. Зокрема, корпоративний договір щодо голосування організовує сумісне голосування акціонерів на загальних зборах.

Враховуючи правове регулювання, яке наразі існує щодо корпоративного договору, такий договір не може заміщати те регулювання корпоративних відносин всередині юридичної особи корпоративного типу, яке задається законом чи статутом, в тому числі передбачати внутрішню структуру органів управління корпорацією і порядок участі в управлінні, а також інші питання інакше, ніж це передбачено імперативними нормами закону чи положеннями статуту, однак через визначення в такому договорі порядку реалізації права учасника корпорації корпоративний договір фактично втручається в сферу корпоративних відносин. Більше того, корпоративний договір встановлює межі реалізації голосу учасника корпорації, тобто того, за допомогою чого головним чином реалізується корпоративний контроль. Таким чином, корпоративний договір окрім того, що є звичайним цивільно-правовим договором, ще й містить корпоративний елемент.

В. А. Васильєва, зазначаючи, що відмежування корпоративних договорів від інших договірних типів лежить в площині предмету договору, вказує, що предметом корпоративного договору є організаційні права, якими володіє учасник юридичної особи корпоративного типу, та управління ними. Предметом таких домовленостей може бути певний перерозподіл організаційних прав, щодо яких відсутнє імперативне регулювання, в тому числі на рівні локальних нормативних актів. В межах такого договору сторони домовляються про період та межі здійснення суб'єктив-

них прав власника корпоративних прав. Крім того, зміст даного договору може полягати у можливості учасників юридичної особи корпоративного типу перерозподіляти організаційні права між собою. Варто також зазначити, що з метою виконання умов корпоративного договору сторони вправі вчиняти дії юридичного та фактичного характеру, частина з яких спричиняє настання певних цивільно-правових наслідків. Наприклад, голосування щодо укладення значного правочину [9, с.27].

Корпоративний договір покликаний регулювати відносини саме щодо управління корпоративними правами, тобто йдеться про узгодженість дій учасників юридичної особи корпоративного типу у сфері реалізації ними організаційного спектру повноважень, що становлять зміст корпоративних прав. Крім того, варто зауважити, що предмет корпоративного договору тісно пов'язаний, а, можливо, й обумовлений регулятивною функцією договору, адже окреслює те коло питань, з приводу якого сторони корпоративного договору можуть координувати та узгоджувати спільну діяльність у сфері реалізації належних їм корпоративних прав.

Таким чином, предметом корпоративного є порядок та умови реалізації частниками товариства належних їм корпоративних прав, а також виконання обов'язків, які пов'язані з участю в юридичних особах корпоративного типу чи\або управлінням ними. Беручи до уваги особливості предмету досліджуваного договору, договір між акціонерами має корпоративну природу, і водночас є правочином між двома та більше особами, і незважаючи на всю свою специфіку, є різновидом цивільно-правового договору. Тому визначення корпоративного договору слід формулювати, виходячи з загального розуміння категорій «правочин» та «договір», вирізняючи його з-поміж інших договорів за допомогою окреслення специфіки предмету договору.

Найбільш точним видається визначення, запропоноване Сигидин М. М., яка пропонує визначити корпоративний договір як багатосторонню домовленість учасників юридичної особи корпоративного типу, спрямовану на ефективне управління належними їм корпоративними правами шляхом визначення порядку їх здійснення з метою координації діяльності та реалізації спільних охоронюваних законом інтересів у цій сфері [13, с.47]. Така дефініція поняття підкреслює, що корпоративний договір є за своєю суттю правочином та одним із видів договору. Однак, беручи до уваги те, що не будь-яка домовленість є договором, варто доповнити визначення тим, що корпоративний договір є правочином, що містить в собі багатосторонню домовленість, що спрямована на настання вищезазначених бажаних правових наслідків.

1. *Law of Ukraine «On Joint Stock Companies» No. 514-VI of September 17, 2008 // Bulletin of the Verkhovna Rada of Ukraine. - 2008. - №50-51.*
2. *Vinnik O. Joint Stock Companies // Legal Ukraine. 2010. No. 5. p. 20-27.*
3. *Kirillov A. A. Corporate law Course of lectures. M.: «Yusitsinform», 2009. 192 p.*
4. *Serih O. V. Classification of sources of corporate law of Ukraine // Scientific Bulletin of the International Humanitarian University. 2011. №1. p 96-99.*
5. *Civil Code of the Russian Federation (part one) of 30.11.1994 N 51-ФЗ (edited from 28.03.2017). Access to the law: <http://base.garant.ru/10164072/>*
6. *Vasilieva V. A. Problems of Corporate Law Development. Private Law. Kyiv: Editorial office of the magazine «Law of Ukraine». 2013. N. 1. p. 135-145.*
7. *Andreev V.K. About the nature of the corporate contract // Lawyer. 2015. № 3 // SPS «ConsultantPlus».*
8. *Lomakin D.V. Agreements on the realization of the rights of participants of economic societies as a novelty of corporate legislation // Bulletin of the Supreme Arbitration Court of the Russian Federation. 2009. No. 8. p. 14.*
9. *Vasilyeva V. A. Corporate Contracts: Concepts and Features // Problems of the protection of the rights of subjects of corporate legal relations: Materials of the International Scientific and Practical Conference devoted to the 10th anniversary of the creation of the Laboratory for the Study of Corporate Law Problems of the Institute of Private Law and Entrepreneurship of the National Academy of Sciences of Ukraine (September 23 - 24, 2011). Ivano-Frankivsk: Precarpathian National University named after Vasyl Stefanyk, 2012. p. 25-28.*
10. *Kibenko O. R. Current status and prospects of legal regulation of corporate relations: comparative legal analysis of the law of the EU, UK and Ukraine: author's abstract. dis for obtaining sciences. Degree Candidate : special 12.00.03. Kharkiv, 2006. 22 p.*
11. *Venediktova I. V. Realization of the interest protected by the law at the conclusion of corporate agreements // Problems of protection of the rights of participants of corporate legal relations: Materials of the International scientific and practical conference. Ivano-Frankivsk: Precarpathian National University named after V. Stefanyk, 2012. 189 p.*
12. *Vyhovsky O. I. Contracts between shareholders in international private law. Bulletin of the Ministry of Justice of Ukraine. (2014) No. 10. p. 167-174.*

13. Sigidin M. M. *Corporate Contracts: diss. thesis: 12.00.03. Research advisor V. A. Vasilieva; Precarpathian University after V. Stefanyk. Kyiv (2016). 236 p.*
14. Spasibo-Fateyeva I. V. *Corporate Laws: Problems of the rights protection of participants of corporate legal relations: Materials of the International Scientific and Practical Conference. Ivano-Frankivsk: Precarpathian National University named after V. Stefanyk (2012). 189 p.*
15. Krasavchikov O. A. *Organizational civil-legal relations // Anthology of Ural civilization. (1925 - 1989). M.: Statute (2001).*

Васильєва В. В. Поняття та ознаки корпоративного договору

У статті автор досліджує поняття корпоративного договору та його основні ознаки, які складаються з: 1) ознак, що притаманні корпоративному договору як правочину; 2) ознак, що відрізняють даний договір від інших договірних конструкцій. Останньою виступає, головним чином, предмет договору. Беручи до уваги особливості предмету досліджуваного договору, автор робить висновок, що договір між акціонерами має корпоративну природу, і водночас є правочинним між двома та більше особами, і незважаючи на всю свою специфіку, є різновидом цивільно-правового договору. Тому визначення корпоративного договору слід формулювати, виходячи з загального розуміння категорій «правочин» та «договір», вирізняючи його з-поміж інших договорів за допомогою окреслення специфіки предмету договору.

Автор пропонує визначити корпоративний договір як правочин, що містить в собі багатосторонню домовленість учасників юридичної особи корпоративного типу, спрямовану на ефективне управління належними їм корпоративними правами шляхом визначення порядку їх здійснення з метою координації діяльності та реалізації спільних охоронюваних законом інтересів у цій сфері.

Ключові слова: договір, правочин, корпоративний договір, угода між акціонерами

Vasilyeva V. V. Concept and features of a shareholders' agreement

In the article the author explores the concept of a shareholders' agreement and examines its main characteristics, which consist of: 1) the features inherent in a shareholders' agreement as an act; 2) signs that distinguish this agreement from other contractual constructions. The latter consists primarily of the subject of the agreement. Taking into account the peculiarity of the subject of the explored agreement, the author concludes that the agreement between the shareholders has a corporate nature, and at the same time is an action between two and more persons, and despite all its specificity, is a kind of civil law contract. Therefore, the definition of a shareholders' agreement should be formulated based on a general understanding of the categories of «transaction» and «contract», distinguishing it from other contracts with the help of outlining the specifics of the subject of the contract.

The author proposes to define a shareholders' agreement as a legal transaction containing a multilateral agreement of the participants of a legal entity of a corporate

type aimed at the effective management of their corporate rights by defining the procedure for their implementation in order to coordinate activities and implement common legal interests protected in this area.

Keywords: contract, legal transaction, shareholders' agreement, legal entity.

Великанова М.М.

*кандидат юридичних наук,
доцент, доцент кафедри
правознавства Київського
національного університету
культури і мистецтв*

Velykanova M. M.

*PhD in Law, associate
professor, associate professor
of Jurisprudence Department,
Kyiv National University of
Culture and Arts*

ДОКТРИНАЛЬНІ ПІДХОДИ ДО СИСТЕМАТИЗАЦІЇ РИЗИКІВ В ЦИВІЛЬНОМУ ПРАВІ

УДК 347.12

Постановка проблеми. Діяльність будь-якого суб'єкта так чи інакше пов'язана з ризиком. Перебуваючи у цьому стані суб'єкт має не тільки розуміти сутність ризику, знати його ознаки та елементи, а й, що набагато важливіше, уміти управляти ризиком як мінімум з метою мінімізації його негативних наслідків. Кількість ризиків, різноманітність їх проявів настільки значні, що як перед учасниками цивільних відносин, так і перед науковцями стоїть нагальна потреба у застосуванні системного підходу до їх ідентифікації як передумови ефективного управління.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Проблематика систематизації ризиків досліджувалась як вітчизняними, так і зарубіжними вченими у різних галузях науки. Особливу увагу звертають здійснені класифікації ризиків такими науковцями, як О. О. Красавчиков, В. А. Ойгензіхт, Р. А. Крючков, І. В. Волосенко, Н. М. Удалова, В. В. Новіков, І. М. Хмелевской, А. Г. Мартиросян, В. М. Танаєв, А. А. Шахбазян. Разом із тим, групування ризиків, виділення критеріїв їх об'єднання чи розмежування потребує узагальнення та осмислення. Тому, виникає необхідність аналізу напрацьованих підходів до систематизації ризику.

У зв'язку з цим, **метою** даної публікації є аналіз та узагальнення запропонованих у науці підходів до систематизації ризику.

Виклад основного матеріалу. Систематизація ризиків полягає у визначенні та групуванні основних методологічних підходів до їх класифікації [1, с. 82]. Призначення систематизації у тому, щоб, по-перше, на науковому рівні всебічно дослідити категорію ризику – його ознаки, особливості елементного складу, специфіку прояву в різних групах цивільних правовідносин тощо. І, по-друге, створити умови для вдосконалення підходів до управління ризиками, яке (управління) може здійснюватись

на двох рівнях – імперативному (через прийняття державою відповідних нормативних актів) та диспозитивному (через укладення правочинів учасниками цивільних відносин) з метою мінімізації або розподілу негативних наслідків ризиків.

Наукою загалом, і доктриною цивільного права зокрема, розроблені чисельні класифікації ризику, побудовані на основі різних принципів. Надалі розглянемо розроблені як вітчизняною, так і зарубіжною наукою класифікації ризиків без претензії на їх упорядкування за хронологічним чи будь-яким іншим критерієм.

О.О. Красавчиков поділяв ризик на два види: загальний (несення покладеного законом або договором обов'язку прийняти невігідні наслідки при будь-яких випадкових обставинах) і спеціальний (несення в силу закону обов'язку прийняття невігідних майнових наслідків, що настали в результаті тільки суб'єктивно-випадкових (невинних) обставин) [2, с. 144-145]. Такий поділ ризику вченим здійснюється за ознакою підстави настання негативних майнових наслідків. І хоча зрозуміло, що види ризиків не обмежуються лише запропонованими науковцем, проте, О.О. Красавчиков вів мову про зазначені види ризику лише в контексті проблематики несення ризику.

Достатньо розроблено та такою, що викликає зацікавленість видається систематизація ризиків, запропонована авторами монографії «Юридичний ризик та юридична безпека». Розглядаючи теоретичні аспекти та юридичну природу ризику, юридичну безпеку в адміністративній діяльності органів внутрішніх справ, вченими запропоновано наступні критерії для групування ризику: 1) сфера діяльності людства; 2) термін дії; 3) масштаби наслідків; 4) суспільна значущість; 5) джерела виникнення. В межах окремо взятого критерію у монографії ризик поділяється на підвиди.

За сферами діяльності людства авторами виокремлюються такі основні види ризиків: суспільні ризики; економічні ризики; військові ризики (терористичні ризики); наукові ризики; природні ризики; юридичні ризики. Суспільні ризики у свою чергу поділяються на політичні, соціальні та культурні. Економічні – на операційні, ринкові, кредитні, ділові, ризик ліквідності та ризик, пов'язаний із регулювальними органами. У межах військового виділяють терористичний ризик, який включає в себе ризик національного (націоналістичного) тероризму, ризик релігійного тероризму, ризик політичного тероризму, ризик ідеологічного тероризму, ризик технологічного тероризму, ризик ядерно-промислового тероризму, ризик хімічного та біологічного (бактеріологічного) тероризму, ризики

кібертероризму. Науковими ризиками є ризики «мирного атому», ризики від вживання генно-модифікованих рослин та ризики клонування тварин. Природні ризики внутрішньої диференціації не мають [3, с. 26-32].

Цікавою є позиція авторів цієї монографії щодо юридичних ризиків. По-перше, спочатку юридичні ризики ними виділяються як самостійний вид ризиків за ознакою сфери людської діяльності. Проте, надалі дослідники розглядають юридичні ризики як складову суспільних ризиків на рівні соціального регулювання. І тут невирішеним залишається питання – юридичні ризики це підвид суспільних поряд із політичними, соціальними та культурними, чи є юридичною складовою кожного із зазначених видів ризиків. Тим більше, що в межах кожного виду і підвиду виокремлюється юридична складова. По-друге, визначення юридичного ризику як складника суспільно-політичного життя суспільства, взагалі заплутує систематизацію, оскільки логічно напрошується висновок про його приналежність тільки до політичних ризиків, хоча зрозуміло, що це не так. Разом із тим, чітко не визначивши місце юридичного ризику у запропонованій систематизації, автори йдуть далі і виділяють основні види юридичних ризиків у деяких галузях сучасної правової науки: кримінальній, господарській та міжнародній. У кримінальному праві виокремлюють суб'єктивний ризик працівника органа внутрішніх справ (імовірність активної протидії злочинця й отримання професійної травми) та об'єктивні ризики (ризик неправомірного застосування примусу, ризик нанесення шкоди третій особі при виконанні поставлених завдань із локалізації та припинення злочинного діяння). У господарському праві, яке тісно пов'язане з економічною діяльністю, на думку вчених, ризики тісно переплітаються з економічними ризиками в діяльності суб'єкта господарювання (фізичної або юридичної особи). Окремо стоять державні ризики в економічній галузі і, відповідно, ризики реалізації норм господарського права та захисту майнових інтересів усіх учасників економічного життя суспільства. Конкретних видів юридичних ризиків у міжнародному праві не називається. За результатом настання юридичні ризики поділяються на катастрофічні, тяжкі й незначні. [3, с. 32-36].

На думку І.В. Волосенко класифікацію юридичних ризиків доцільно проводити за двома критеріями: а) за місцем ризику в цивільному правовідношенні; б) за характером ризиків, властивих відповідній класифікаційній підгрупі, визначеній за першим критерієм. Залежно від місця ризиків в зобов'язальному правовідношенні авторка виділяє: 1) внутрішні (алеаторні) ризики або ризики зобов'язання (як юридичні умови, елемент виконання ризикових зобов'язань) та 2) ризики зовнішні або виконан-

ня зобов'язання (є передумовою, перешкодою виконання зобов'язання). При цьому кожна із груп дослідниця поділяє на підгрупи, зокрема, неалеаторні ризики нею класифікуються наступним чином.

Залежно від зв'язку зовнішнього ризику з відповідним елементом виконання зобов'язання: 1) ризики строку виконання; 2) ризики місця виконання; 3) ризики способу виконання; 4) ризики предмету виконання (наприклад, ризики випадкового знищення речі тощо).

Залежно від зв'язку ризику з певним учасником зобов'язання – ризик невиконання зобов'язання з боку боржника або кредитора.

За характером предмету надання: ризик невиконання грошового і майнового зобов'язання (і, відповідно, прострочку передачі проданої речі або її оплати).

За правовими наслідками: ризики припинення зобов'язання, ризики відповідальності і звільнення від неї.

Залежно від виду зобов'язання: ризики з одностороннього правочину і договірною зобов'язання.

Алеаторні ризики І.В. Волосенко групує так. Залежно від ступеня обов'язковості – імперативні (абсолютні) і диспозитивні (відносні). За предметом надання – ризики грошового і негрошового зобов'язання; за підставами правовідносин – договірні, недоговірні; за видом алеаторного ризику – страховий, ігровий, рентний, спекулятивний, інноваційний тощо.

Насамкінець, автор робить висновок, що системна класифікація ризику має проводитися залежно від місця ризику в зобов'язальному правовідношенні і передбачає шість груп спеціальних видів юридичного ризику: 1) страховий ризик; 2) професійний (підприємницький та управлінський) ризик; 3) алеаторний неігровий ризик (зобов'язання рентного типу); 4) алеаторний ігровий (азартний) ризик; 5) зобов'язальний ризик; 6) аномальний ризик. [4, с. 64-67].

Н.М. Удалова, досліджуючи ризики в юридичній діяльності, здійснила спробу їх класифікувати. На її думку ризики необхідно поділяти на такі види. Залежно від суб'єкта: ризики виконавця; ризики замовника; ризики вигодонабувача. Залежно від вольового фактору: ризики, викликані подіями; ризики, спровоковані певними діями. Залежно від характеру ризиків: ризики загального характеру; ризики сторони [5].

Провести систематизацію ризиків намагався В.В. Новіков. Автор пропонує умовно класифікувати ризики на: 1) за сферою виникнення – внутрішні і зовнішні; 2) за галузями права – ризики в цивільному праві, екологічному праві, кримінальному праві, конституційному праві; 3) за

видами – професійний, алеаторний, страховий, зобов'язальний, управлінський. Окремо виділяються такі класифікаційні критерії, як: за причинами виникнення; за можливістю передбачення; за суспільними відносинами виникнення. Також зазначається, що ризики можуть виділятися й за іншими критеріями, зокрема, вони можуть бути скритими, очевидними, разовими, повторюючими, ризики в нормативних ситуаціях, в кризових умовах тощо¹ [6, с. 37].

Проте, запропоновану класифікацію не можна назвати розгорнутою, а в певних випадках вона є навіть спірною. Зокрема, в окремих місцях учений вказує тільки на класифікаційні критерії, не виділяючи в їх межах видів ризику, або, навпаки, називає види ризиків, не вказуючи на ознаку, за якою вони групуються. Крім того, викликає ряд критичних зауважень запропонований поділ ризиків на види. Так, незрозумілим залишається за якою ознакою (за видами чого) дослідник виділяє професійний, алеаторний, страховий, зобов'язальний, управлінський ризик. Якщо виокремлювати алеаторний та зобов'язальний (неалеаторний) ризики, то критерієм їх розмежування є включення / не включення ризику до умов зобов'язання. При цьому спірним видається знаходження в одній групі поряд з алеаторним та зобов'язальним ризиком страхового, професійного та управлінського, оскільки страховий ризик є алеаторним, поряд із спекулятивним, інноваційним, а управлінський є різновидом професійного ризику. Сам професійний ризик залежно від виду професійної діяльності може поділятися на підприємницький (господарський), управлінський, лікарський тощо. Також остаточно невирішеним залишається поділ ризику за галузями права, оскільки авторська редакція класифікації настановує на думку, що про ризик можна говорити тільки в цивільному, екологічному, кримінальному та конституційному праві. І тут виникає питання – ризику в інших галузях права (до прикладу в трудовому чи адміністративному) не існує? Чи, можливо, вже запропоновані чотири види ризику мають прояв в інших галузях права? Мабуть що ні.

А.Г. Мартиросян ризики класифікує наступним чином. За суб'єктивним складом цивільно-правових відносин виділяє підприємницький та непідприємницький ризик. За врегульованими відносинами, де має місце цивільно-правовий ризик – ризики в зобов'язальних, речових, корпоративних правовідносинах. Проте, автор відмічає, що можливі й інші класифікації ризику за умови усталеної концепції ризику [7].

В.М. Танаєвим на підставі аналізу законодавства Російської Федерації ризики групуються за типологічним підходом. Так, вчений виділяє

1 Назви видів ризиків наведені у авторській редакції.

два види ризиків за своїм юридико-технічним значенням: 1) ризики, що є фактором ймовірнісної організації правового середовища; 2) ризики, що є фактором стабілізації приватноправового характеру регулювання економічного середовища [8, с. 22-26]. Втім, нормативістський підхід до групування ризиків значно збіднює їх класифікацію, залишаючи поза її межами ризики, не закріплені законодавством.

Досить цікавим видається запропонований А.А. Шахбазян поділ ризиків на види. Авторка таким чином систематизує ризик.

За універсальністю поширення ризиків на суб'єктів цивільних правовідносин: загальні – поширюються на всіх або більшість суб'єктів цивільних правовідносин; спеціальні – пов'язані з участю суб'єктів в певному виді правовідносин.

Залежно від зв'язку з особливостями правового регулювання: ризики, пов'язані з особливостями правового регулювання – виникають при укладенні алеаторних правочинів і здійсненні інших дій, з якими законодавство пов'язує певний ризик в майбутньому; ризики, не пов'язані з особливостями правового регулювання – виникають в результаті подій і дій фактичного, економічного, політичного і організаційного характеру.

За структурою цивільного правовідношення: суб'єкт-ризики – ризики, пов'язані з суб'єктами правовідносин: ризик визнання особи недієздатною, обмежено дієздатною, ризик банкрутства особи, втрати спеціальної правоздатності (для індивідуальних підприємців та юридичних осіб), ризик реорганізації (ліквідації, смерті) особи, ризик відкликання довіреності у представника, ризик обмеження повноважень і інші ризики, пов'язані з вадами в суб'єкті правовідносин; об'єкт-ризики – ризики, пов'язані з вадами в об'єкті (предметі) правовідносин: ризик втрати (загибелі) майна, що підлягає передачі, ризик придбання (передачі) речі неналежної якості, ризик використання речі не за призначенням, ризик пошкодження майна тощо.

За кількістю осіб, які несуть загрозу ризику: односторонній; двосторонній; багатосторонній.

За джерелами настання ситуації ризику: ризик, що виникає в результаті подій; ризик, що виникає в результаті дій; ризик, що виникає в результаті станів.

За видами цивільних правовідносин: зобов'язальні (в тому числі договірні) – ризик невиконання (неналежного виконання) зобов'язання; ризик несення відповідальності за зобов'язанням або інших негативних наслідків в результаті його невиконання; ризик виконання зобов'язання (платежу коштів) неналежній особі; ризик односторонньої відмови

від виконання договору; ризик розірвання договору; ризик невиконання обов'язків контрагентом (несумлінність, неблагонадійність контрагентів), або контрагентський ризик; ризик визнання договору недійсним тощо; спадкові – ризик визнання заповіту недійсним; ризик непідтвердження права власності спадкодавця на майно, що входить до спадкової маси; ризик неприйняття заяви про прийняття спадщини; ризик втрати правовстановлюючого договору; ризик закінчення строку на прийняття спадщини; ризик неотримання спадщини; інші ризики; речово-правові – ризик обтяження речі; ризик заявлення претензій на річ третіми особами; віндикаційний або реституційний ризик; ризики звернення стягнення за боргами попередніх власників (іпотечні, заставні ризики); ризик вилучення (обтяження) речі; ризик втрати правовстановлюючого документа; ризик відмови в державній реєстрації права власності на нерухоме майно; ризик загибелі (пошкодження) речі; ризик обтяження або обмеження права; інші ризики; ризики, пов'язані з державною реєстрацією прав і захистом прав – ризик відмови в державній реєстрації; ризик втрати правовстановлюючого документа для цілей державної реєстрації; корпоративні – ризик рейдерських посягань; фальсифікація інформації в реєстрі акціонерів, протоколів органів управління господарських товариств; ризик неправильності емісії цінних паперів; ризик несанкціонованого виведення активів або реорганізації; ризик порушення співвідношення чистих активів і статутного капіталу та ін.

За формою несення несприятливих наслідків ризики підрозділяються на: ризик покладання на особу додаткового обов'язку; ризик несення збитків; ризик притягнення до відповідальності та ін.

Також дослідниця виділяє переборні та непереборні ризики [9].

Можна і надалі продовжувати аналіз наведених у юридичній літературі класифікацій ризику, втім, будучи обмеженими обсягом цієї публікації, зазначимо наступне.

Висновки і перспективи подальших розвідок. Розглянуті класифікації ризику дозволяють не тільки виділити конкретні ризики, а, що набагато важливіше, здійснити юридичну характеристику відповідного ризику. Адже, вчасне виявлення та правильна ідентифікація ризику є передумовами ефективного впливу на ризик з метою уникнення або мінімізації його негативних наслідків. Разом із тим, наведені приклади класифікації ризику не претендують на вичерпність та не охоплюють всіх критеріїв і можливостей для класифікації. Систематизація ризиків також може поглиблюватись через виділення специфічних критеріїв для класифікації конкретних ризиків з урахуванням їх особливостей.

1. Shapiro, S.A. (2013). *Systematization of risks in the management of public external debt. Vector of science TSU. Series: Economics and Management. No. 4.*
2. Krasavchikov, O.A. (1966). *Compensation for harm caused by a source of increased danger. Moscow: Jurid. lit.*
3. Zarosilo, V.O., Bezubov, D.O., Dudnik, O.V., Timashova, V.M. (2012). *Legal Risk and Legal Security. Kyiv: Ukrainian State University of Finance and In-ternational Trade.*
4. Volosenco, I.V. (2011). *Risk in civil law (concept, nature, types): K.*
5. Udalova, N.M. (2013). *Features of risks in legal activity. Politics, state and law. № 10. [E-Reader Version]. Retrieved from <http://politika.snauka.ru/2013/10/1005>.*
6. Novikov, V.V. (2015). *Theoretical and Legal Aspects of Risks in the Law. Scientific Herald of the International Humanitarian University. Series: Jurisprudence. No 13. Volume 1.*
7. Martirosyan, A.G. (2016). *Theory of risk in civil law of the Russian Federation. Moscow: Prospekt. [E-Reader Version]. Retrieved from <https://books.google.com.ua/books?id=ry7TCgAAQBAJ&pg=PT15&lpg=PT15&dq=%D1%8F.%D0%BC.%D0%BC%D0%B0%D0%B3%D0%B0%D0%B7%D0%B8%D0%BD%D0%B5%D1%80+%D1%80%D0%B8%D1%81%D0%BA&source=bl&ots=cy7dQoqGVE&sig=RfTz5GDhp1O0FHuMJfIweuR1MlQ&hl=uk&sa=X&ved=0ahUKEwjJrMvt09PUAhW0NJoKHctgApQQ6AEIITA#v=onepage&q=%D1%8F.%D0%BC.%20%D0%BC%D0%B0%D0%B3%D0%B0%D0%B7%D0%B8%D0%BD%D0%B5%D1%80%20%D1%80%D0%B8%D1%81%D0%BA&f=false>.*
8. Tanaev, V.M. (2000). *The concept of «risk» in the Civil Code of the Russian Federation. Moscow: Statute.*
9. Shahbazyan, A.A. (2011). *The concept and significance of legal risks in civil law and ways to minimize them. Russian legal journal. No. 5. [E-Reader Version]. Retrieved from <http://w.pc-forums.ru/b4887.html>.*

Великанова М. М. Доктринальні підходи до систематизації ризиків в цивільному праві

Стаття присвячена аналізу доктринальних підходів до систематизації ризику. Призначення систематизації у тому, щоб, по-перше, на науковому рівні всебічно дослідити категорію ризику – його ознаки, особливості елементного складу, специфіку прояву в різних групах цивільних правовідносин тощо. І, по-друге, створити умови для вдосконалення підходів до управління ризиками, яке (управління) може здійснюватись на двох рівнях – імперативному (через прийняття державою відповідних нормативних актів) та диспозитивному (через

укладення правочинів учасниками цивільних відносин) з метою мінімізації або розподілу негативних наслідків ризиків.

Робиться висновок, що класифікації ризику дозволяють об'єднати ризики у конкретні групи та здійснити юридичну характеристику відповідного ризику. Необхідність систематизації ризиків зумовлена тим, що вчасне виявлення та правильна ідентифікація ризику є передумовами ефективного впливу на ризик з метою уникнення або мінімізації його негативних наслідків. Разом із тим, наведені приклади класифікації ризику не претендують на вичерпність та не охоплюють всіх критеріїв і можливостей для класифікації. Систематизація ризиків може поглиблюватись через виділення специфічних критеріїв для класифікації конкретних ризиків з урахуванням їх особливостей.

Ключові слова: ризик, види ризику, систематизація ризику.

Velykanova M. M. Doctrinal Approaches to the Systemization of Risks in Civil Law

This article is devoted to the analysis of doctrinal approaches to risk systematization. The purpose of systematization is, firstly, at the scientific level, to comprehensively explore the category of risk – its characteristics, peculiarities of elemental composition, the specifics of manifestation in different groups of civil legal relations, etc. Secondly, the purpose of systematization is to create conditions for improving approaches to risk management, which (management) can be carried out on two levels – imperative (through the adoption by the state of the relevant normative acts) and dispositive (through the conclusion of transactions by participants in civil relations) in order to minimize or distribute negative consequences of risks.

It is concluded that risk classifications can combine risks in specific groups and carry out a legal description of the appropriate risk. The need for systematization of risks is due to the fact that timely detection and proper identification of risk are prerequisites for effective risk exposure in order to avoid or minimize its negative consequences.

However, the above examples of risk classification do not claim to be exhaustive and do not cover all criteria and possibilities for classification. Risk systematization can be deepened by the allocation of specific criteria for the classification of specific risks, considering their characteristics.

Keywords: risk, types of risk, systemization of risks.

Гринько С.Д.

*доктор юридичних наук,
професор, завідувач кафедри
цивільного права та процесу
Хмельницького університету
управління та права*

Hrynko S.D.

*Doctor of Law, Professor,
Head of Civil Law and
Proceeding department,
Khmelnytskyi University of
Management and Law*

ЮРИДИЧНІ ОСОБИ ЯК СУБ'ЄКТИ ДЕЛІКТНИХ ЗОБОВ'ЯЗАНЬ ЗА ЦИВІЛЬНИМ ЗАКОНОДАВСТВОМ УКРАЇНИ ТА ЄВРОПЕЙСЬКИХ КРАЇН: ПОРІВНЯЛЬНО- ПРАВОВИЙ АНАЛІЗ

Правова конструкція зобов'язань внаслідок завдання шкоди працівником відповідно до ЦК України 2003 р. зазнала значних змін, зокрема розширено перелік відповідальних осіб за шкоду, завдану працівником під час виконання ним своїх трудових (службових) обов'язків (ст. 1172 ЦК України); крім юридичних осіб до цього переліку включено фізичну особу, з якою працівник перебуває в договірних відносинах за трудовим договором. Обов'язок відшкодувати шкоду, завдану підрядником, покладеється на замовника, якщо підрядник діяв за його завданням. Підприємницькі товариства, кооперативи відшкодовують шкоду, завдану їхнім учасником (членом) під час здійснення ним підприємницької або іншої діяльності від імені товариства чи кооперативу. Проте сьогодні існує низка теоретичних і практичних питань, пов'язаних із правовими засадами відповідальності юридичних осіб, характером відповідальності за завдану шкоду тощо.

Сьогодні законодавча робота в Україні здійснюється в контексті проведення адаптації національного законодавства до законодавства Європейського Союзу. А для цього доцільним є ознайомитися зі змістом законодавства європейських країн-учасниць Європейського Союзу, а також із засадами, на яких ґрунтується їхнє право, розуміння його «духу», - римського приватного права, що дозволить уникнути помилок і необдуманих кроків при створенні єдиного всесвітньо цивільного права.

На підставі викладеного можна дійти висновку, що питання дослідження участі юридичних осіб у деліктних зобов'язаннях за цивільним

законодавством України та європейських країн є актуальним, що й становить мету цієї наукової статті.

У радянській юридичній літературі певний час пануючою була позиція: дії представників, робітників і службовців – «чужі» для юридичної особи. Вже в 1949 р. С. М. Братусь запропонував покласти відповідальність на юридичну особу за винні дії робітників і службовців при виконанні трудових обов'язків, як за власні дії [1, с. 206].

Зрозуміло, що ніколи не співпадала з правоздатністю юридичної особи правоздатність її робітників і службовців, які не були органами юридичної особи. Однак юридичні особи брали участь у цивільному обороті та вступали у правочини через посередництво своїх органів або ж через своїх представників. Не лише дії органів, але й дії її робітників і службовців вважалися діями юридичної особи. Тому, на думку С. М. Братуся [1, с. 206], Л. А. Лунца [2, с. 351-354], В. І. Серебровського [3, с. 520], К. А. Флейшиц [4, с. 112], в майбутньому ЦК СРСР повинна бути закріплена відповідальність юридичних осіб за шкоду, завдану протиправними діями їхніх робітників або службовців при виконанні ними службових обов'язків, поки не буде доведено, що такі дії вчинено робітником або службовцем без вини. Так як за визначенням К. Б. Ярошенко, діяльність юридичної особи за певних умов включала в себе не лише правомірні, але й протиправні дії робітників [5, с. 9]. Ця ідея була втілена законодавцем у ст. 88 Основ цивільного законодавства СРСР 1961 р.

У цей період в юридичній літературі вже переважала концепція «співпадаючої вини» юридичної особи, відповідно до якої протиправні винні дії працівників юридичної особи, здійснені при виконанні ними своїх трудових обов'язків, вважалися протиправними винними діями самої юридичної особи. Її прихильниками були М. М. Агарков [6, с. 229–230], Б. С. Антімонов [7, с. 78], В. Т. Смірнов [8, с. 45–47], Р. О. Халфіна [9, с. 257–282], К. А. Флейшиц [4, с. 102]. Перевага концепції «співпадаючої вини» юридичної особи над теорією виключно колективної вини юридичної особи, на думку Д. В. Бобрової, обумовлювалася тим, що дозволяла з більшою достовірністю з'ясувати юридичні підстави права регресної вимоги юридичної особи до працівника, з вини якого завдавалася шкода. При регресній вимозі суд встановлював трудову вину працівника, тоді як у випадку відповідальності юридичної особи перед потерпілим суд розглядав цивільну вину працівника, яка становить власну цивільну вину юридичної особи [10, с. 37].

Інший характер мало формування і вираження волі в деліктних зобов'язаннях, виникнення яких було обумовлено вчиненням незаконних

актів, адже закон надавав значення не волеспрямованості діючого суб'єкта, яка з точки зору цивільного закону, як правило, байдужа, а самому факту вчинення правопорушення. Про жодні повноваження на вчинення подібних дій, як відзначав Б. Б. Черепакін, не може йти мова, тому важливим є не те, чия воля реалізується у протиправному акті, а те, чия діяльність у ньому проявляється [11, с. 48]. Тому, на думку В. Т. Смірнова і А. О. Собчака, деліктоздатність юридичної особи реалізується у службових діях її працівників [8, с. 15-16].

Покладення обов'язку відшкодувати шкоду на юридичну або фізичну особу сьогодні також пояснюється тим, що працівник у цьому випадку юридично втілює їх волю. Юридична або фізична особа реалізує свою цивільну право- та дієздатність через дії працівників. Тобто дії працівників юридично сприймаються як дії самої юридичної або фізичної особи, тому останні відповідають за шкоду, завдану з вини їх працівників на засадах своєї вини, яка співпадає з власною виною працівників; водночас відсутність вини працівників виключає вину юридичної або фізичної особи. Цим же пояснюється покладення обов'язку відшкодувати шкоду на замовника за шкоду, завдану підрядником, якщо при цьому останній діяв за завданням замовника, а також підприємницьких товариств або кооперативів за шкоду, завдану їхніми учасниками (членами) під час здійснення ними підприємницької або іншої діяльності. Так, учасники (члени) згідно зі ст. 116 ЦК України займаються підприємницькою діяльністю від імені товариства, а члени кооперативу відповідно до ст. 163 ЦК України спільно здійснюють виробничу або іншу господарську діяльність, яка базується на їхній власній трудовій участі.

Аналогічним є підхід до визначення суб'єктів відповідальності за шкоду, завдану іншими особами згідно ЦК Узбекистану (ст. 989), ЦК Таджикистану (ст. 1083), ЦК Казахстану (ст. 921), ЦК Азербайджану (ст. 1099). Проте відповідно до ЦК Азербайджану господарські товариства і виробничі кооперативи не згадуються в якості суб'єктів відповідальності за шкоду, завдану їхнім учасником (членом).

На наповнення таким змістом вказаних норм вплинули ідеї Німецького цивільного кодексу (далі – НЦК), відповідно до якого той, хто залучає іншу особу до виконання будь-якої дії, зобов'язаний відшкодувати шкоду, протиправно завдану її виконавцем іншій особі (ч. 1 § 831). Таку ж відповідальність несе особа, яка за договором візьме на себе ведення в інтересах іншої особи однієї із названих справ (ч. 2 § 831). Тобто, обов'язок відшкодувати шкоду, завдану іншою особою, покладається на особу,

яка залучила її до виконання будь-яких дій (роботодавця, замовника та ін.), а також на довірителя, інтереси якого представляє повірений.

Подібною до НЦК є конструкція норм про деліктну відповідальність за шкоду, завдану іншою особою згідно з ЦК Нідерландів. Законодавець наводить три випадки: 1) відповідальність особи за шкоду, завдану підлеглим, який перебував у неї на службі (тобто для виконання професійної або підприємницької діяльності цієї особи), при одержанні наказу про виконання цих обов'язків (ч. 1 ст. 170 ЦК Нідерландів); 2) відповідальність фізичної особи за шкоду, завдану підлеглим при виконанні доручених йому обов'язків, не пов'язаних із здійсненням професійної або підприємницької діяльності цієї особи (ч. 2 ст. 170 ЦК Нідерландів); 3) відповідальність довірителя за шкоду, завдану їй представником третій особі (ст. 172 ЦК Нідерландів).

Таким чином, до суб'єктів відповідальності за шкоду, завдану іншими особами, за законодавством Нідерландів належить довіритель, якщо шкоди було завдано його представником третій особі. При цьому, перед третьою особою відповідають представник і особа, інтереси якої він представляє (довіритель). Позиція законодавця Нідерландів заслуговує на увагу, тому що представник вчиняє юридичні дії не лише за рахунок довірителя, а й від його імені. При завданні шкоди представником третій особі при виконанні обов'язків із представництва виникають деліктні зобов'язання не лише за його участі, а й особи, яку він представляє.

Відрізняються від згаданих цивільних кодифікацій ЦК Туркменістану (ст. 1032) і ЦК Грузії (ст. 997), за якими обов'язок відшкодувати шкоду, завдану робітником третій особі протиправними діями, покладається на особу, якщо її завдано при виконанні робітником своїх трудових (службових) обов'язків. Застосування цієї норми обмежується лише випадком завдання шкоди особою, яка перебуває у трудових (службових) відносинах із роботодавцем. Відповідно її дія не поширюється на випадки завдання шкоди особою, яка перебуває у цивільних договірних відносинах із іншою особою чи відносинах членства.

Саме ці виміри характерні для Французький цивільний кодекс (далі – ФЦК), за яким господарі і роботодавці відповідають за шкоду, завдану їх прислугою і робітниками при виконанні останніми обов'язків, для виконання яких їх було найнято (ч. 5 ст. 1384). Перелік осіб, за яких відповідають господарі і роботодавці, наводиться в абзацах ст. 1384 ФЦК (вихованець, підмайстер), а також до цього переліку належать наймані робітники, зокрема виконавці, службовці. Тобто, відповідальність настає

за таких умов, коли: 1) шкоду завдано прислугою і робітниками; 2) шкоду завдано ними під час виконання обов'язків, для яких їх було найнято.

Французький суд розглядає факт завдання шкоди службовцями та робітниками як факт завдання шкоди особами, які зобов'язані виходити зі вказівок та інструкцій роботодавця при виконанні покладених на них обов'язків. При цьому останні мають право відмовитися, якщо це стосується їх професійної сфери та не відповідає професійній сфері роботодавця. Якщо найнятого працівника було переведено до іншого підприємця, то відповідальною особою вважається роботодавець, вказівки якого мав виконувати працівник. Якщо уповноваженими давати розпорядження працівнику були обидва підприємця, то судова практика поділяє діяльність найнятого працівника на окремі сфери. Тому покладення відповідальності за протиправне завдання шкоди працівником ставиться в залежність від цих сфер впливу.

На нашу думку, такий зміст норм ЦК Туркменістану і ЦК Грузії є наслідком і радянської традиції (ст. 441 ЦК УРСР 1963 р.) та відрізняється лише розширенням переліку суб'єктів відповідальності шляхом заміни терміна «організація» на термін «особа».

ЦК України розглядає зобов'язання внаслідок завдання шкоди іншими особами як спеціальний делікт, тому передбачає не лише спеціального суб'єкта відповідальності, а й спеціальні умови його виникнення. Для виникнення такого зобов'язання вимагається завдання шкоди під час виконання працівником своїх трудових (службових) обов'язків; виконання підрядником завдання замовника; здійснення підприємницької або іншої діяльності від імені товариства чи кооперативу (ст. 1172 ЦК України). Тобто, наголошується на вимозі завдання шкоди «під час виконання», що звільняє юридичну або фізичну особу, замовника, підприємницьке товариство, кооператив від обов'язку відшкодувати шкоду, завдану працівником, підрядником, учасником (членом) під час перерви на обід, у вихідні чи святкові дні тощо.

Така вимога висувається також за цивільним законодавством держав СНД, а також Нідерландів (ЦК ст. 170–172), Франції (ЦК ч. 5 ст. 1384), Італії (ЦК ст. 2049). Для покладення відповідальності на роботодавця обов'язковим є встановлення факту завдання шкоди службовцем і робітником при виконанні покладених на них обов'язків. Тому, якщо останні вийшли за межі своїх обов'язків, для виконання яких їх найнято, то вони несуть відповідальність самостійно.

За ст. 1172 ЦК України зобов'язальні правовідносини виникають за фактом завдання шкоди працівником, підрядником або учасником (чле-

ном) підприємницького товариства, кооперативу. Законодавець не встановлює будь-яку вимогу до характеру такого завдання шкоди, – протиправне чи правомірне. У гл. 82 ЦК України закріплені для врегулювання два види зобов'язальних правовідносин: одні виникають у випадку протиправного завдання шкоди (деліктні), а інші – правомірного завдання шкоди (є мірою захисту цивільних прав та інтересів). Однак у ст. 1166 ЦК України закріплено загальні підстави відповідальності за завдану майнову шкоду, а у ст. 1166 ЦК України – моральну шкоду. Це означає, що правила цих статей поширюють свою дію саме на деліктні зобов'язання. Зрозуміло, можна припустити, що розробники ЦК України надавали ст. 1172 такого змісту з розрахунком, що в разі вчинення неправомірних дій чи бездіяльності шкода буде відшкодовуватися на загальних засадах, передбачених у ст. 1166. Однак будь-якої згадки про відсильний характер застосування окремих правил у цій нормі немає.

Судова практика і цивілістична доктрина (наслідуючи радянську традицію) зайняла позицію, за якою обов'язок відшкодовувати шкоду виникає для юридичної або фізичної особи, замовника, підприємницького товариства або кооперативу на загальних засадах ст. 1166 ЦК України, за умови протиправного завдання шкоди і на засадах вини. Проте таке трактування є лише припущенням, а не фактом, що має юридичну силу.

Такий же підхід закріплений у ЦК Узбекистану (ст. 989), ЦК Таджикистану (ст. 1083), ЦК Казахстану (ст. 921). У ЦК Азербайджану (ст. 1099) та ФЦК (ч. 5 ст. 1384), де відсутня вказівка на характер завдання шкоди. Однак розміщення цих статей у розділах (главах) про деліктні зобов'язання і делікти підтверджує необхідність протиправного завдання шкоди.

Для кваліфікації завдання шкоди за ст. 1172 ЦК України не ставиться вимога про винні дії або бездіяльність працівника, підрядника або учасника (члена) підприємницького товариства, кооперативу. За радянським цивільним законодавством, навпаки, на організацію покладалася обов'язок відшкодувати шкоду, завдану з вини її працівника (ст. 441 ЦК УРСР 1963 р.). Схожим із сучасною позицією українського законодавства є підхід у ЦК Узбекистану (ст. 989), ЦК Таджикистану (ст. 1083), ЦК Казахстану (ст. 921), ЦК Азербайджану (ст. 1099). Таким чином обов'язок відшкодувати шкоду виникає для юридичної або фізичної особи, замовника, підприємницького товариства або кооперативу незалежно від вини працівника, підрядника або учасника (члена) підприємницького товариства, кооперативу, тобто навіть за умов випадкового її завдання.

Конкретну вимогу щодо протиправного характеру завдання шкоди і вини працівника передбачає ЦК Туркменістану (ст. 1032) і ЦК Грузії

(ст. 997): особа зобов'язана відшкодувати шкоду, завдану її робітником третій особі протиправними діями при виконанні своїх трудових (службових) обов'язків; відповідальність не настає, якщо працівник діяв без вини; шкода повинна бути завдана протиправними винними діями робітника. У змісті ст. 1463 ЦК Квебеку зазначається, що на принципала також покладає обов'язок відшкодувати шкоду, завдану з вини його службовців під час виконання ними своїх обов'язків.

У ст. 1384 ФЦК відсутня вказівка на наявність вини службовця у вчиненні протиправних дій для покладення відповідальності на роботодавця. Проте французька судова практика відстоює позицію про необхідність наявності вини службовця згідно із загальним деліктом (ст. 1382 ФЦК). Якщо службовець у момент завдання шкоди своїми протиправними діями був неделіктоздатним, роботодавець відповідає за завдану шкоду лише в тому випадку, якщо він особисто був обізнаний про його неделіктоздатність при прийнятті такого службовця на роботу або мав був про це знати. При цьому обов'язок доведення вини службовця та роботодавця покладається на потерпілого. Неделіктоздатність службовця звільняє роботодавця від відповідальності, оскільки такий службовець не здатен до усвідомлення значення своїх дій і відповідно про його вину питання не виникає.

Якщо із буквального тлумачення змісту ст. 1172 ЦК України виходить, що обов'язок відшкодувати шкоду, завдану іншою особою, виникає незалежно від вини її завдавача і роботодавця, то цивілістична доктрина і судова практика, виходячи із радянської правової традиції, тлумачить цю норму інакше. Зокрема Р. О. Стефанчук пов'язує зміст ст. 1172 ЦК України лише з деліктними зобов'язаннями, так як працівник, підрядник, учасник (член) підприємницького товариства, кооперативу завдає шкоду протиправним діянням [12, с. 432].

Вимога про протиправний характер дій їх виконавця, внаслідок яких завдано шкоду, закріплена також у НЦК (§ 831). При цьому відповідальність керівника за шкоду, завдану його підлеглим, повністю залежить від наявності його вини (керівника) у завданні шкоди, а не від вини підлеглого (для кваліфікації делікту достатньо завдання шкоди протиправною дією). Відповідно доведення керівником відсутності своєї вини звільняє його від обов'язку відшкодувати шкоду (ч. 1 § 831 НЦК). Під виною керівника законодавець розуміє відсутність належної за умовами обороту турботи при його виборі або при набутті устаткування й апаратури або керівництві виконавцем, а також, якщо збитки виникли б і при прояві такої турботи (ч. 1 § 831 НЦК).

Німецькою судовою практикою обґрунтовано принцип зобов'язання підприємця звільнити від відповідальності підлеглого. Якщо підлеглий, виконуючи доручену йому роботу, завдасть збиток третій особі, то він може, якщо в його діях не було умислу або грубої необережності, вимагати від свого роботодавця звільнити його повністю або частково від позову третьої особи про відшкодування збитку.

Ідея про покладення на підлеглого разом із роботодавцем обов'язку відшкодувати шкоду, завдану ним третій особі умисно чи з грубої необережності, представлена в ЦК Нідерландів. Так, якщо збиток завдано третій особі внаслідок помилки підлеглого, то відповідальність покладається на особу, на службі в якій підлеглий перебував (ч. 1 ст. 170); якщо збиток завдано третій особі внаслідок злого умислу або усвідомленої грубої необережності підлеглого, то відповідальність покладається на підлеглого та на особу, на службі в якій він перебував (ч. 3 ст. 170).

Слід зауважити, що за законодавством Нідерландів правильно наголошується на здатності підлеглого до усвідомлення грубої необережності, оскільки особа за віком або станом здоров'я може бути нездатною до усвідомлення, тобто неделіктоздатною, то на таку особу, відповідно, не може бути покладений обов'язок з делікту.

Враховуюче вищевикладене, пропонуємо викласти ст. 1172 ЦК України в такій редакції:

«1. Юридична або фізична особа відшкодовує шкоду, завдану проти-правними діями або бездіяльністю їхнім працівником під час виконання ним своїх трудових (службових) обов'язків.

2. Замовник відшкодовує шкоду, завдану протиправними діями або бездіяльністю іншій особі підрядником, якщо він діяв за завданням замовника.

3. Підприємницькі товариства, кооперативи відшкодовують шкоду, завдану протиправними діями або бездіяльністю їх учасником (членом) під час здійснення ним підприємницької або іншої діяльності від імені товариства чи кооперативу.

4. Обов'язок відшкодувати шкоду за ч. 1, 2, 3 цієї статті не виникає за відсутності вини у діях або бездіяльності працівника, підрядника, учасника (члена) підприємницького товариства, кооперативу.

5. У випадку завдання шкоди умисно чи з грубої необережності або працівника, або підрядника, або учасника (члена) шкода відшкодовується ними солідарно разом із особами, визначеними у ч. 1, 2, 3 цієї статті».

1. *Bratus S. N. Subjects of civil law / S. N. Bratus. – M. : Gosyurizdat, 1950. – 368 p.*
2. *Novitsky I. B. General doctrine of the obligation / I. B. Novitsky, L. A. Lunts. – M. : Jurisdat, 1950. – 416 p.*
3. *Soviet civil law: [textbook for law schools] / [ed. S. N. Bratusi]. – M. : Gosyurizdat, 1950. – 679 p.*
4. *Fleisits E. A. Obligations from causing harm and from unjust enrichment / E. A. Fleisits. – M. : Gos. Publishing house of the jurist. lit., 1951. – 239 p.*
5. *Yaroshenko K. B. Special Cases of Responsibility for Causing Harm / K. B. Yaroshenko. – M. : Jurid. lit., 1977. – 81 p. – (Series: B–chka nar. Judges).*
6. *Agarkov M. M. The problem of obligations from causing harm. The co-report at the First Scientific Session of VIUHUN / M. M. Agarkov // Selected Works on Civil Law: [in 2 volumes] – M. : JSC «Center YurInfoR», 2002. – T. II. – P. 218–246.*
7. *Antimonov B. S. Foundations of contractual liability of socialist organizations / B. S. Antimonov. – M. : Jurid. lit., 1962. – 175 p.*
8. *Smirnov V. T. Obligations arising from the infliction of harm / V. T. Smirnov. – L. : Izd–vo Leningr. University, 1973. – 72 p.*
9. *Khalfina R. O. General doctrine of the legal relationship / R. O. Khalfina. – M. : Jurid. lit., 1974. – 351 p.*
10. *Bobrova D. V. Problems of tort liability in Soviet civil law: the author's abstract. diss. for scientific research. degrees of Doct. Jur. Sciences: spec. 12.00.03. «Civil law; family law; civil process; international private law» / D. V. Bobrova. – Kharkov, 1988. – 56 p.*
11. *Cherepakhin B. B. Voluntary formation and expression of will of a legal entity / B. B. Cherepakhin // Jurisprudence. – 1958. – No. 2. – P. 43–50.*
12. *Civil Law of Ukraine: [curriculum vitae]. / Yu. V. Belousov, V. A/ Vstras, S. D. Hrinko and others. ; [ed. R. O. Stefanчук]. – K. : Legal unity, 2009. – 536 p.*

Гринько С. Д. Юридичні особи як суб'єкти деліктних зобов'язань за цивільним законодавством України та європейських країн: порівняльно-правовий аналіз

Відповідно до ЦК України суб'єктами відповідальності за шкоду, завдану працівником є юридична або фізична особа, з якою працівник перебуває у трудових відносинах; замовник за шкоду, завдану підрядником, який діяв за завданням замовника; підприємницьке товариство або кооператив за шкоду, завдану їхніми учасниками (членами) під час здійснення ними підприємницької або іншої діяльності.

На наповнення таким змістом вказаних норм вплинули ідеї Німецького цивільного кодексу, відповідно до якого обов'язок відшкодувати шкоду, завдану

іншою особою, покладається на особу, яка залучила її до виконання будь-яких дій (роботодавця, замовника та ін.), а також на довірителя, інтереси якого представляє повірений. Подібною до Німецького цивільного кодексу є конструкція норм про деліктну відповідальність за шкоду, завдану іншою особою згідно з ЦК Нідерландів, за яким до суб'єктів відповідальності за шкоду, завдану іншими особами належить також довіритель, якщо шкоди було завдано його представником третій особі (перед потерпілим відповідають представник і довіритель). Зазначено, що положення ЦК Нідерландів заслуговує на увагу тому, що представник вчиняє юридичні дії не лише за рахунок довірителя, а й від його імені.

Відповідно до Французького цивільного кодексу господарі і роботодавці відповідають за шкоду, завдану їх прислугою і робітниками при виконанні останніми обов'язків, для виконання яких їх було найнято. Французький суд розглядає факт завдання шкоди службовцями та робітниками як факт завдання шкоди особами, які зобов'язані виходити зі вказівок та інструкцій роботодавця при виконанні покладених на них обов'язків. При цьому останні мають право відмовитися, якщо це стосується їх професійної сфери та не відповідає професійній сфері роботодавця.

Для виникнення такого зобов'язання вимагається за ЦК України завдання шкоди під час виконання працівником своїх трудових (службових) обов'язків; виконання підрядником завдання замовника; здійснення підприємницької або іншої діяльності від імені товариства чи кооперативу. Така вимога висувається також за цивільним законодавством держав СНД, а також Нідерландів, Франції, Італії. Тому, якщо останні вийшли за межі своїх обов'язків, для виконання яких їх найнято, то вони несуть відповідальність самостійно.

Зроблено висновок, що обов'язок відшкодувати шкоду виникає для юридичної або фізичної особи, замовника, підприємницького товариства або кооперативу за умови протиправного завдання шкоди і на засадах вини.

Охарактеризовано концепцію «співпадаючої вини» юридичної особи, відповідно до якої протиправні винні дії працівників юридичної особи, здійснені при виконанні ними своїх трудових обов'язків, вважаються протиправними винними діями самої юридичної особи. Це пояснюється тим, що працівник у цьому випадку юридично втілює їх волю, а юридична або фізична особа реалізує свою цивільну право- та дієздатність через дії працівників.

Обов'язок відшкодувати шкоду виникає для роботодавця за умови протиправного її завдання. Вимога про протиправний характер дій їх виконавця, внаслідок яких завдано шкоду, закріплена також у Німецького цивільного кодексу. При цьому відповідальність керівника за шкоду, завдану його підлеглим, повністю залежить від наявності його вини (керівника) у завданні шкоди, а не від вини підлеглого (для кваліфікації делікту достатньо завдання шкоди протиправною дією). Відповідно доведення керівником відсутності своєї вини звільняє його від обов'язку відшкодувати шкоду. Під виною керівника законодавець

розуміє відсутність належної за умовами обороту турботи при його виборі або при набутті устаткування й апаратури або керівництві виконавцем, а також, якщо збитки виникли б і при прояві такої турботи.

Німецькою судовою практикою обґрунтовано принцип зобов'язання підприємця звільнити від відповідальності підлеглого. Якщо підлеглий, виконуючи доручену йому роботу, завдасть збиток третій особі, то він може вимагати від свого роботодавця, якщо в його діях не було умислу або грубої необережності, звільнити його повністю або частково від позову третьої особи про відшкодування збитку.

Зроблено висновок про те, що обов'язок відшкодувати шкоду за цим деліктом не виникає за відсутності вини у діях або бездіяльності працівника, підрядника, учасника (члена) підприємницького товариства, кооперативу.

Ідея про покладення на підлеглого разом із роботодавцем обов'язку відшкодувати шкоду, завдану ним третій особі умисно чи з грубої необережності, представлена в ЦК Нідерландів. Доводиться правильність такої позиції ЦК Нідерландів, оскільки особа за віком або станом здоров'я може бути нездатною до усвідомлення, тобто неделіктоздатною, то на таку особу, відповідно, не може бути покладений обов'язок з делікту.

Зроблено висновок про необхідність викладення ст. 1172 ЦК України в новій редакції.

Ключові слова: юридична особа, зобов'язання, відшкодування шкоди, роботодавець, протиправність, вина.

Hrynkо S. D. Legal entities as subjects of tort liability under civil legislation of Ukraine and European countries: comparative legal analysis

The article is devoted to the study of the participation of legal entities in torting obligations under the civil law of Ukraine and European countries. The author carried out a comparative analysis of civil legislation of Ukraine and the CIS countries, Germany, the Netherlands, France, Italy. It is indicated that the obligation as a result of harm to other persons generates a special delinquency, since there is a special liability subject and special conditions for its occurrence.

According to the Central Committee of Ukraine, the subjects of liability for damage caused by the employee is a legal or natural person with whom the employee is in labor relations; the customer for the damage caused by the contractor who acted on the instructions of the customer; an entrepreneurial society or a cooperative for the damage caused by their members (members) during their business or other activity.

The content of the content of these norms was influenced by the ideas of the German Civil Code, according to which the obligation to compensate for damage inflicted by another person relies on a person who has attracted her to perform any actions (employer, customer, etc.), as well as the principal, whose interests are represented by the assignee. The German Civil Code is similar to the design of the rules of tort liability for damages inflicted by another person under the Central Committee of the Netherlands, according to which the trustee also belongs to the subjects of

liability for damage caused by other persons, if the damage was caused by his representative to a third person (before the victim meet representative and trustee). It is noted that the provisions of the Central Committee of the Netherlands deserve attention because the representative performs legal actions not only at the expense of the principal, but also on his behalf.

According to the French Civil Code, the owners and employers are liable for the damage caused by their employees and workers in the performance of their last duties for which they were hired. The French court considers the fact of harming employees and workers as a fact of damaging those who are required to follow the instructions and instructions of the employer in the performance of their duties. However, the latter have the right to refuse, if it concerns their professional sphere and does not correspond to the professional sphere of the employer.

In order to create such an obligation, the Central Committee of Ukraine requires damage to the employee during the performance of his labor (official) duties; fulfillment by the contractor of the customer's task; undertaking business or other activity on behalf of a partnership or cooperative. Such a requirement is also made under the civil legislation of the CIS states, as well as the Netherlands, France, and Italy. Therefore, if the latter went beyond the scope of their duties for which they are hired, they are responsible independently.

It is concluded that the obligation to compensate for damage arises for a legal entity or a physical person, a customer, an entrepreneurial society or a cooperative in the event of unlawful harm and on the basis of guilt.

The concept of «coincident guilty» of a legal entity is described, according to which the unlawful actions of employees of a legal entity carried out in the course of performing their labor duties are considered to be unlawful guilty acts of the legal entity itself. This is explained by the fact that the employee in this case legally embodies their will, and the legal or natural person realizes his civil right and ability through actions of employees.

The duty to indemnify the damage arises for the employer in the event of his unlawful assignment. The requirement for the wrongful act of the actions of their performer, which resulted in damage, is also enshrined in the German Civil Code. At the same time, the responsibility of the head for the damage inflicted on his subordinates depends entirely on the existence of his fault (leader) in causing harm, and not from the fault of the subordinate (for the qualification of a tort enough to cause damage to the wrongful act). The duty to indemnify the damage arises for the employer in the event of his unlawful assignment. The requirement for the wrongful act of the actions of their performer, which resulted in damage, is also enshrined in the German Civil Code. At the same time, the responsibility of the head for the damage inflicted on his subordinates depends entirely on the existence of his fault (leader) in causing harm, and not from the fault of the subordinate (for the qualification of a tort enough to cause damage to the wrongful act).

German case law justifies the principle of the obligation of an entrepreneur to relieve the subordinate. If the subordinate, while performing the work entrusted to him, causes damage to a third party, he may demand from his employer, if his actions were not intent or gross negligence, to release him in whole or in part from a third party claim for damages.

It is concluded that the obligation to compensate for this delict does not arise without the fault of the actions or omissions of the employee, contractor, member (member) of the business association, the cooperative.

The idea of assigning to a subordinate, together with the employer, the obligation to compensate for the harm caused to a third party intentionally or with gross negligence is presented to the Central Committee of the Netherlands. The correctness of such a position of the Central Committee of the Netherlands proves to be correct, since a person by age or state of health may be incapable of being aware of, that is, non-profit-making, then such a person can not, accordingly, be charged with a duty to lodge a tort.

The conclusion is made on the necessity of st. 1172 of the Civil Code of Ukraine in the new edition.

Keywords: legal entity, obligation, compensation, harm, employer, wrongdoing, fault.

Гришко У.П.

*кандидат юридичних наук,
викладач кафедри цивільного
права навчально-наукового
юридичного інституту
Прикарпатського
національного університету
імені В. Стефаника*

Gryshko U.P.

*Ph.D in Law, lecturer at the
Department of Civil Law,
Educational and Scientific
Law Institute, Vasyl Stefanyk
Precarpathian National
University*

ОСОБЛИВОСТІ ВІДПОВІДАЛЬНОСТІ ПЕРЕВІЗНИКА ЗА ШКОДУ, ЗАВДАНУ КАЛІЦТВОМ, ІНШИМ УШКОДЖЕННЯМ ЗДОРОВ'Я АБО СМЕРТЮ ПАСАЖИРА

УДК 656.072(477): 347.763 (477)

Постановка проблеми. Стаття 27 Конституції України проголошує, що кожна людина має невід'ємне право на життя. Кожен має право захищати своє життя і здоров'я, життя і здоров'я інших людей від протиправних посягань [1].

Традиційно життя та здоров'я людини відносять до особистих немайнових благ. Це пов'язано з тим, що вони, по-перше, безпосередньо не можуть бути оцінені у грошах, по-друге, не відокремлені від особистості (такі блага не можна ані подарувати, ані продати, ані передати у спадщину або іншим чином відокремити від особистості) та, по-третє, виникають за загальним правилом з моменту народження та припиняються зі смертю громадянина [2].

Кожна фізична особа, будучи стороною договору перевезення пасажирів та багажу водночас виступає як пасажир – споживач транспортної послуги, який прагне задоволення своєї особистої потреби, а саме перевезення до пункту призначення. При цьому, задоволення цього права пасажирів має здійснюватися за відсутності будь-якого ризику для його життя та здоров'я, тобто покладення договором та законом обов'язку на перевізника з надання безпечної транспортної послуги.

Тому, з метою охорони і захисту таких особистих немайнових благ, як здоров'я та життя кожної особи, що вступає у правовідносини із перевезення, важливим є встановлення цивільно-правової відповідальності перевізника.

Аналіз останніх досліджень та публікацій. Вивченню особливостей відповідальності перевізника за шкоду, завдану каліцтвом, іншим ушкодженням здоров'я або смертю пасажирів у науці цивільного права приділено незначну увагу. У вітчизняному науковому колі питання недоговірної цивільно-правової відповідальності з відшкодування шкоди, завданої каліцтвом або іншим ушкодженням здоров'я та особливості відшкодування шкоди, завданої джерелом підвищеної небезпеки досліджували С.В. Богачов, А. І. Бубіна, Л.М. Горбунова, І.Ф. Іванчук, А.О. Немцева, О.С. Онищенко, С.Я. Ременяк, Рубан О.О., Н.В. Терещенко, Ю.В. Трало. Щодо питання особливостей відповідальності перевізника за шкоду, завдану каліцтвом, іншим ушкодженням здоров'я або смертю пасажирів, то воно є малодослідженим у науці цивільного права.

Постановка завдання. З урахуванням усіх характеристик договірної та недоговірної цивільно-правової відповідальності, спробуймо більш ґрунтовно дослідити специфіку відповідальності перевізника за шкоду завдану каліцтвом, іншим ушкодженням здоров'я або смертю пасажирів відповідно до національного та міжнародного законодавства.

Виклад основного матеріалу. Загальнотеоретичні положення цивільного права дозволяють нам класифікувати цивільно-правову відповідальність за підставами виникнення – на договірну і позадоговірну. Під договірною відповідальністю, прийнято розуміти, відповідальність, що настає у випадках невиконання і неналежного виконання зобов'язання, що виникло з договору. Прикладом такої відповідальності є сплата перевізником пасажирові штрафу за затримку у відправленні транспортного засобу або запізнення у прибутті такого транспортного засобу до пункту призначення (ч.1 ст.922 ЦК України) [3, с.451].

Якщо порушено зобов'язання, що виникло не з договору, а з інших підстав, виникає позадоговірна (недоговірна) відповідальність. Наприклад, фізична або юридична особа, яка завдала шкоди каліцтвом або іншим ушкодженням здоров'я фізичній особі, зобов'язана відшкодувати потерпілому заробіток (дохід), втрачений ним внаслідок втрати чи зменшення професійної або загальної працездатності, а також відшкодувати додаткові витрати, згідно зі ст. 1195 ЦК. Відповідальність, в такому випадку, настає за порушення обов'язку, встановленого не договором, а законом.

Цивільний кодекс України передбачає випадки, коли норми, що регулюють позадоговірні відносини, поширюються й на окремі зобов'язання, що виникають з договорів. Тоді норми деліктної відповідальності підлягають застосуванню незалежно від того, чи є дія, що заподіяла шкоду,

необхідною для виконання даного договору. Так, у ст. 928 ЦК закріплено, що відповідальність перевізника за шкоду, завдану каліцтвом, іншим ушкодженням здоров'я або смертю пасажирів, визначається відповідно до глави 82 ЦК «Відшкодування шкоди», якщо договором або законом не встановлена відповідальність перевізника без вини [4]. Тобто, в даному випадку йдеться про шкоду, пов'язану з виконанням договору, але застосовуватимуться положення про деліктну відповідальність, оскільки є відповідна вказівка закону.

Досліджуючи більш детально відповідальність перевізника в аспекті деліктної відповідальності, варто з'ясувати, що виступає підставами її виникнення. Зокрема, особливу увагу слід звернути на протиправності діяння. Річ у тім, що з огляду на важливу цінність благ життя та здоров'я, будь-яке діяння, яким заподіюється шкода життю та здоров'я фізичної особи, як правило, презюмується протиправним, окрім випадків, які прямо передбачено в законі, наприклад, необхідної оборони. Причому протиправним вважається також заподіяння шкоди життю та здоров'ю внаслідок неналежного виконання договірних зобов'язань (ст. 1196 ЦК). Щодо шкоди, то слід зазначити, що цим протиправним діянням фізичній особі заподіюється каліцтво чи інше ушкодження здоров'я або смерть. Під поняттям «смерть» слід розуміти певний стан організму фізичної особи, який посвідчується висновком компетентного медичного органу і характеризується непоправними руйнівними процесами центральної нервової системи та кори головного мозку, що наступали внаслідок припинення функціонування життєво важливих систем людини (судинно-кровоносної, дихальної, нервової). Поняттям «каліцтво» охоплюється дві основні категорії: травма та професійне ушкодження здоров'я. Травма характеризується раптовим та, як правило, одноразовим зовнішнім впливом на організм, внаслідок чого йому заподіюється фізичне ушкодження, наприклад, удар результатом якого є перелом кісток. Поняттям «інше ушкодження здоров'я» охоплюється будь-яке, непов'язане з каліцтвом, пошкодження здоров'я, що настало внаслідок так званого загального захворювання [5, с.30].

Певні особливості має також і причинно-наслідковий зв'язок між протиправним діянням та завданою шкодою, який, як правило, має складний характер. Щодо особливостей вини заподіювача шкоди у цьому деліктному зобов'язанні, то вина заподіювача презюмується, аж доки він не доведе свою невинність. Крім того, якщо цю шкоду завдано джерелом підвищеної небезпеки, яким у нашому випадку виступає транспортний засіб, то вона відшкодовується незалежно від вини особи, яка завдала цю шкоду [6].

Цивільно-правова відповідальність перевізника за шкоду завдану каліцтвом, іншим ушкодженням здоров'я або смертю пасажирів проявляється у формі відшкодування матеріальної та моральної шкоди.

Специфіка шкоди, яку завдано життю та здоров'ю полягає в тому, що її не може бути відшкодовано в натурі та оцінено в грошовому еквіваленті. І тому, відшкодуванню підлягатиме не зазначена шкода, а лише майнові втрати, яких зазнала фізична особа внаслідок завдання цієї шкоди. До таких втрат законодавець відносить заробіток (дохід), втрачений потерпілим внаслідок втрати чи зменшення професійної або загальної працездатності, витрати, зумовлені необхідністю посиленого харчування, санаторно-курортного лікування, придбання ліків, протезування, стороннього догляду (ч. 1 ст. 1195 ЦК), а також витрати на поховання (ст. 1201 ЦК) та інші витрати.

Крім того, певні матеріальні витрати фізична особа може понести для відновлення свого здоров'я, наприклад, у зв'язку із необхідністю посиленого харчування, додаткового догляду, на придбання санаторної путівки, тому і виникає питання про майнову (грошову) компенсацію понесених нею втрат. Цивільне законодавство чітко визначає ці втрати збитками, тобто включає сюди все, що «вибуває» із майнової сфери потерпілого, втрачається за незалежними від нього обставинами [2, с.510]. Так, наприклад, у справі про відшкодування шкоди, завданої джерелом підвищеної небезпеки до державного підприємства «Донецька залізниця» було постановлено рішення Свердловського міського суду, Луганської області від 24.03.2014 року про стягнення з державного підприємства «Донецька залізниця» матеріальної шкоди, витрат на придбання ліків, додаткові витрати на сторонній догляд, витрат на придбання крісла-колісного КДСВ[7].

Частиною 3 ст. 23 ЦК України встановлено, що моральна шкода відшкодовується у грошовому еквіваленті, іншим майном або в інший спосіб. Розмір грошового відшкодування моральної шкоди визначається судом залежно від характеру правопорушення, глибини фізичних та душевних страждань, погіршення здібностей потерпілого або позбавлення його можливості їх реалізації, ступеня вини особи, яка завдала моральної шкоди, якщо вина є підставою для відшкодування, а також з урахуванням інших обставин, які мають істотне значення. При оцінці моральної (немайнової) шкоди, спричиненої потерпілим особам внаслідок ДТП, суд повинен належним чином оцінювати ступінь їх немайнових витрат, а також у випадках пред'явлення таких вимог до страховиків враховувати положення ст. 611 ЦК України про те, що таке відшкодування може

бути застосовано лише у передбачених законом або договором випадках порушення страховою компанією зобов'язань і виходити з того, чи передбачено укладеним договором страхування можливість такого відшкодування страховиком. Необхідно звернути увагу на те, що п. 22.3. ст. 22 Закону України «Про обов'язкове страхування цивільно-правової відповідальності власників наземних транспортних засобів» і п. 3 ч. 2 ст. 23 ЦК України обов'язок відшкодування моральної шкоди, завданої пошкодженням майна, покладено на особу, яку визнано винною у скоєнні ДТП [8].

Незважаючи на те, що для визначення відповідальності перевізника за шкоду завдану каліцтвом, іншим ушкодженням здоров'я або смертю пасажирів застосовуються загальні положення відшкодування шкоди відповідно до глави 82 Цивільного кодексу України, крім того специфіка такої відповідальності може визначатися договором або спеціальними нормами транспортного законодавства. Розглянемо більш детально особливості цивільно – правової відповідальності перевізника за шкоду завдану каліцтвом, іншим ушкодженням здоров'я або смертю пасажирів при перевезеннях на окремих видах транспорту, зокрема повітряному, залізничному та автомобільному.

Як зазначає, О.В. Черненко досить часто у додатках до квитка авіакомпанії розміщують інформацію, що зумовлює настання відповідальності перевізника за шкоду, заподіяну внаслідок смерті або пошкодження здоров'я пасажира з моменту входу пасажира на перон аеропорту для посадки на повітряне судно і до моменту, коли пасажир залишив перон під наглядом уповноважених осіб перевізника, якщо інше не передбачено національним законодавством та міжнародними договорами про відповідальність при повітряних перевезеннях. Однак, перевізник не несе відповідальності, якщо смерть або пошкодження здоров'я пасажира є результатом виключно стану його здоров'я [9, с.519-520].

Щодо спеціальних положень у сфері повітряних перевезень, то відповідно до Правил повітряних перевезень пасажирів і багажу від 30.11.2012 року №735 передбачено відповідальність перевізника за загибель і тілесне ушкодження пасажирів, зокрема «Перевізник не може виключити чи обмежити свою відповідальність за шкоду, яка спричинила загибель або тілесне ушкодження пасажира, за умов, зазначених у главі 1 цього розділу, сумою у розмірі 113100 СПЗ для кожного пасажира (ч.1 глава 1, розділ XXVII)». Водночас ця ж глава передбачає і підстави звільнення від відповідальності перевізника у випадках, якщо: така шкода не була заподіяна через недбалість або іншу неправомірну дію чи бездіяльність

перевізника або його службовців чи агентів з обслуговування; або така шкода заподіяна виключно через недбалість або іншу неправомірну дію чи бездіяльність третьої сторони [10].

Наявність даного положення у національному законодавстві щодо цивільно-правової відповідальності перевізника за шкоду, яка спричинила загибель або тілесне ушкодження пасажира є результатом приєднання України у 2008 році до Конвенції про уніфікацію деяких правил міжнародних повітряних перевезень від 28.05.1999 року (Монреальська конвенція).

Позитивним аспектом є те, що дана шкода не обмежується розміром 113100 СПЗ для кожного пасажира, потерпіла сторона має право і на відшкодування додаткових витрат. Так, зокрема у рішенні Приморського районного суду м. Одеси від 28 квітня 2014 року за позовом про відшкодування майнової та моральної шкоди заподіяної смертю особи внаслідок авіакатастрофи, суд крім основної компенсації шкоди, яка спричинила загибель або тілесне ушкодження пасажира, додатково стягнув з авіакомпанії витрати на поховання, шкоду заподіяну неповнолітнім дітям до досягнення 18-ти років та моральну шкоду [11].

На відмінну від чіткої визначеності у національному законодавстві розміру компенсації за шкоду, яка спричинила загибель або тілесне ушкодження пасажира у сфері повітряних перевезень, при перевезеннях автомобільним та залізничним транспортом такого розміру шкоди завданої каліцтвом, іншим ушкодженням здоров'я або смертю пасажирів – не визначено на рівні спеціального транспортного законодавства. Таким чином, суди вирішуючи спори про відшкодування пасажирам автомобільного транспорту шкоди завданої каліцтвом, іншим ушкодженням здоров'я або смертю фізичної особи керуються положеннями статей 1166, 1167, 1187, 1188, 1195-1202 Цивільного кодексу України та постанови Пленуму Верховного Суду України «Про практику розгляду судами цивільних справ за позовами про відшкодування шкоди» № 6 від 27.03.1992 року.

Певні особливості цивільно-правової відповідальності перевізника за шкоду завдану каліцтвом, іншим ушкодженням здоров'я або смертю пасажира встановлені при автомобільних та залізничних перевезеннях територією принаймні двох держав. В таких ситуаціях застосуванню підлягають міжнародно-правові договори. Серед них, зокрема Конвенція про договір міжнародного автомобільного перевезення пасажирів і багажу (КАПП) від 5 липня 1978 року, яка передбачає, що загальна сума відшкодування, яка повинна бути виплачена перевізником у зв'язку з збит-

ками, пов'язаними зі смертю, тілесними ушкодженнями чи нанесенням будь-якої іншої шкоди фізичному або психічному здоров'ю пасажира в результаті події, пов'язаної з перевезенням, і яка мала місце або під час перебування пасажира в транспортному засобі, або під час його посадки чи висадки, або у зв'язку з завантаженням чи відвантаженням багажу, не може перевищувати 250000 фр. на одного потерпілого[12]. Це також Конвенція про міжнародні залізничні перевезення (КОТІФ), яка згідно з текстом Протоколу змін від 3 червня 1999 року, закріплює форму і суму відшкодування збитків у випадку загибелі і поранення пасажирів: «Сума збитків, що відшкодовуються визначається національним законодавством. Проте, при застосуванні Єдиних правил верхня межа для пасажира становить 175000 розрахункових одиниць у формі одноразової виплати або щорічної виплати, що відповідає цій сумі, якщо національне законодавство визначає верхню межу меншою, ніж ця сума» (параграф 2)[13].

Висновки. Таким чином, особливості цивільно-правової відповідальності перевізника за шкоду завдану каліцтвом, іншим ушкодженням здоров'я або смертю пасажира пов'язані із: по-перше, визначенням її відповідно до положень глави 82 ЦК України або встановленням умовами договору; по-друге, підставами її виникнення; по-третє, формами у яких вона проявляється, а саме сукупністю матеріальних витрат, які становлять шкоду завдану каліцтвом, іншим ушкодженням здоров'я або смертю особи. Вагомий вплив для визначення розміру цивільно-правової відповідальності перевізника за шкоду завдану каліцтвом, іншим ушкодженням здоров'я або смертю пасажира мають національні та міжнародні нормативно-правові акти у сфері повітряного, автомобільного та залізничного перевезення.

Загалом, законодавчі положення щодо цивільно-правової відповідальності перевізника шкоду завдану каліцтвом, іншим ушкодженням здоров'я або смертю вказують на те, що хоча і зобов'язання з перевезення пасажирів та багажу виникають на підставі договору, проте шкода завдана пасажиру під час перевезення, підлягає відшкодуванню відповідно до вимог ст.1196 Цивільного кодексу України, встановлених для недовірної шкоди. Така шкода підлягає відшкодуванню в повному обсязі і незалежно від вини перевізника.

1. Archive of Primorsky district court, Odesa, Case № 522/23876/13, court decision: April 28, 2014. Retrieved from <http://reyestr.court.gov.ua/Review/38627944>

2. *Archive of Sverdlovsk City Court, Lugansk region, Case № 2. Retrieved from <http://reyestr.court.gov.ua/Review/37917264>*
3. *Civil law of Ukraine: January 16, 2003. Retrieved from <http://zakon1.rada.gov.ua>*
4. *Convention on the Contract for the International Carriage of Passengers and Luggage by Road (CVR): December 15, 2004. Retrieved from http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/995_845*
5. *Convention on International Carriage by Rail (COTIF): May 9, 1980. Retrieved from http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/994_291/page2*
6. *Generalization of court practice in disputes concerning damages caused by road accidents: December 1, 2014. Retrieved from <https://cr.vn.court.gov.ua/sud0228/uzag/145284/>*
7. *Rules of baggage and passengers air transportation: November 30, 2012, № 735. Retrieved from <http://zakon.rada.gov.ua>*
8. *The Constitution of Ukraine: June 28, 1996. Retrieved from <http://zakon1.rada.gov.ua>*
9. *Bubina A. I. Some peculiarities of paying out the compensation for damage caused to health due to road accidents // Actual problems of state and law. Issue 59. 2011. p. 507–511.*
10. *Chernenko O. V. Actual problems of the legal regulation of air carrier's liability under the contract of international air transportation // State and Law: Legal and Political Science : Collection of scientific works. Issue 34. 2006, – p. 516–523.*
11. *Gorbunova L. M. Compensation for the damage caused by illegal decisions, actions or inactivity of the inquiry authority, pre-trial investigation, prosecutor's office or court. // Compensation for the damage caused by serious and minor injuries or death. Ministry of Justice of Ukraine. Kyiv, 2006. – 58 p.*
12. *Kharytonov Ye. O., Kharytonova O. I. Civil law of Ukraine: textbook. Kyiv, 2011. – 808 p.*
13. *Stefanchuk R. O. Civil law of Ukraine: textbook. Kyiv, 2005. Retrieved from http://www.ebk.net.ua/Book/law/stefanchuk_tsivpu/part13/1314.htm*

Гришко У. П. Особливості відповідальності перевізника за шкоду, завдану каліцтвом, іншим ушкодженням здоров'я або смертю пасажирів

У даній науковій статті автором досліджено особливості відповідальності перевізника за шкоду завдану каліцтвом, іншим ушкодженням здоров'я або смертю пасажирів.

Стаття 928 Цивільного кодексу закріплює загальне положення, що відповідальність перевізника за шкоду, завдану каліцтвом, іншим ушкодженням здоров'я або смертю пасажирів, визначається відповідно до глави 82 Цивільного

кодексу «Відшкодування шкоди», якщо договором або законом не встановлена відповідальність перевізника без вини. Тобто, в даному випадку йдеться про шкоду, пов'язану з виконанням договору, але застосовуватимуться положення про деліктну відповідальність, оскільки є відповідна вказівка закону.

Досліджуючи більш детально відповідальність перевізника в аспекті деліктної відповідальності, автором з'ясовано, що виступає умовами її виникнення. Зокрема, особливу увагу звернено на протиправність діяння. Причому протиправними вважаються, дії, які спрямовані на настання негативних наслідків пов'язаних із заподіянням шкоди життю та здоров'ю пасажирів. Щодо шкоди, то визначено, що цим протиправним діянням фізичній особі заподіюється каліцтво чи інше ушкодження здоров'я або смерть. Особливим є, те що вина не виступає обов'язковою умовою виникнення цивільно-правової відповідальності перевізника.

Цивільно-правова відповідальність перевізника за шкоду завдану каліцтвом, іншим ушкодженням здоров'я або смертю пасажирів проявляється у формі відшкодування матеріальної та моральної шкоди.

Автором досліджено також особливості цивільно-правової відповідальності перевізника за шкоду завдану каліцтвом, іншим ушкодженням здоров'я або смертю пасажирів при перевезеннях на окремих видах транспорту, зокрема повітряному, залізничному та автомобільному.

Ключові слова: шкода, перевізник, пасажир, недоговірна відповідальність, договір перевезення пасажирів та багажу.

Gryshko U. P. Peculiarities of the carrier liability for the damage caused to passenger's health by serious and minor physical injuries or passenger's death

In the given article, the author studies peculiarities of the carrier liability for the damage caused to passenger's health by serious and minor injuries or passenger's death.

Article 928 of the Civil Code establishes a general provision for the carrier liability for the damage caused to passenger's health by serious and minor injuries or passenger's death according to Chapter 82 of the Civil Code «Compensation» if the contract or the law does not establish the liability of the carrier without fault. In this very case, we talk about the damage connected with contract fulfillment but non-contractual liability will be used, as there is a special law for it.

Studying more thoroughly the carrier liability in the sphere of non-contractual liability the author has found out what are the reasons of its appearance. Thus, a special attention is paid to wrongful acts, which are those that lead to negative consequences connected with damages caused to passenger's health and life. As to the damage, it is stated that due to this wrongful act serious or minor injury to passenger's health is caused. The most specific is the fact that the fault does not constitute a mandatory condition for the civil liability of the carrier. Civil liability of the carrier for the damage caused to passenger's health by serious and minor injuries or passenger's death takes the form of compensation for material and moral damages. The

author also analyzes peculiarities of the carrier liability for the damage caused to passenger's health by serious and minor injuries or passenger's death using certain means of transport, in particular air, rail and road.

Keywords: damage, carrier, passenger, non-contractual liability, passenger and luggage transportation contract.

Жаба М.

*аспірант, асистент
кафедри господарського
та торговельного права
факультету права та
адміністрації, Сілезький
університет, м. Катовіце*

Żaba M.

*PhD student, Assistant of
Department of Commercial
Law, Faculty of Law and
Administration, Silesian
University in Katowice*

ОКРЕМІ ПРОБЛЕМИ ОСКАРЖЕННЯ РІШЕННЯ ЗАГАЛЬНИХ ЗБОРІВ ЧЛЕНІВ КО- ОПЕРАТИВУ У ПОЛЬСЬКОМУ ПРАВІ

I. Вступні положення

У світлі польського права кооператив є юридичною особою корпоративного типу, яка діє через свої органи та є наділена цивільною правосуб'єктністю окремо від своїх членів [1, с. 73]. У справах щодо діяльності кооперативу органи останнього, як правило, виявляють свій статус у вигляді рішень. Тим самим, рішення приймаються як у індивідуальних справах, так і у справах, які стосуються усіх членів кооперативу. До того ж рішення можуть торкатися не тільки майнових, але також організаційних питань.

З огляду на можливість приймати органами рішень у суттєвих для кооперативу справах, польський законодавець ввів можливість піддавати рішення відповідному контролю. Такий контроль може здійснюватися чи у касаційному провадженні, чи у внутрікооперативному провадженні або ж у судовому провадженні [1, с. 73].

Згідно з положенням § 1 ст. 36 Закону Польщі про кооперативне право (далі як: ЗпКП) [2] загальні збори членів є найвищим органом кооперативу. З огляду на правовий статус загальних зборів членів кооперативу – польський законодавець надав право на оскарження рішень цього ж органу вузькому колу осіб.

Задля правильного функціонування кооперативу усі рішення загальних зборів кооперативу повинні прийматися з дотриманням правил передбачених законом, статутом чи регламентом. Польський законодавець з метою забезпечення правильності приймання рішень загальними зборами передбачив принципово у положенні ст. 42 ЗпКП судовий механізм контролю цих рішень.

У польській правовій літературі підкреслюється, що рішення може спричинити правові наслідки, якщо були виконані чотири основні умови [1, с. 74]. По-перше, рішення мусить прийматися відповідним органом. По-друге, рішення мусить прийматися на засіданні цього ж органу, яке було скликане у належний спосіб при дотриманні кворуму, якщо закон не передбачає інше. По-третє, рішення мусить прийматися відповідною більшістю голосів, яка передбачена законом, статутом або регламентом. По-четверте, рішення мусить бути правильно записане у протоколі зборів. Тільки після виконання тих чотирьох умов можна говорити про правильне прийняття рішення органом кооперативу.

Слід підкреслити, що рішення загальних зборів кооперативу можуть прийматися успішно, коли на засіданні присутня щонайменше половина членів, які мають право голосувати, якщо законодавство або статут не передбачають інакше. Згідно з положенням § 2 ст. 41 ЗпКП рішення приймаються простою більшістю голосів від числа присутніх членів, якщо законодавство або статут не передбачають інакше. У світлі польського законодавства кожен член кооперативу наділений одним голосом без огляду на кількість часток, що їм належать. Це основна відмінність від польського регулювання, яке діє у випадку товариств капіталів, де існує можливість привілеювання акції та частки у питанні права голосу.

II. Можливість оскарження рішень загальних зборів членів кооперативу та види позовів

Положення ст. 42 ЗпКП передбачає в основному три види позовів, які дають можливість оскаржити рішення прийняте загальними зборами членів кооперативу: позов про скасування рішення (пол. *powództwo o uchylenie uchwały*) (§ 3 ст. 42), позов про визнання недійсності рішення (пол. *powództwo o stwierdzenie nieważności uchwały*) (§ 2 ст. 42 та також § 9 ст. 42) та позов про визнання неіснування рішення (пол. *powództwo o ustalenie nieistnienia uchwały*) (§ 9 ст. 42). Відносно до положення ст. 30 Цивільного процесуального кодексу Польщі [3, далі як: ЦПК Польщі] кожен із вищезазначених позовів пред'являється у суд за місцезнаходженням кооперативу. Натомість судом першої інстанції у справах оскарження рішення загальних зборів шляхом подання одного з вищевказаних позовів є обласний суд (пол. *sąd okręgowy*) (§42 ст. 17 ЦПК Польщі).

З огляду на те, що кожне рішення загальних зборів призводить до різноманітних правових наслідків, воно має бути прийняти у відповідності з положеннями законодавства. Так, рішення не може порушити імперативні норми [4, с. 114]. У відношенні до рішень, які суперечать чинному законодавству, польський законодавець прямо закріплює, що такі рішен-

ня є недійсними за законом (§ 2 ст. 42 ЗпКП). Відповідність рішення загальних зборів законодавству треба оцінювати щодо законодавства, яке було чинне у день прийняття рішення [6, с. 207-208].

Натомість у випадку прийняття рішення, яке суперечить положенням статуту чи добрим звичаям, або загрожує інтересам кооперативу чи має на меті порушення прав його члена, легітимовані суб'єкти мають право пред'явити позов про скасування такого рішення. У польській доктрині підкреслюється, що таке рішення є оспорюваним [5, с. 125]. Це означає, що рішення суду, на підставі якого відхиляється рішення загальних зборів, що було прийняте з порушенням вказаних передумов, має наслідком стан, якби рішення взагалі не було прийняте. У іншому випадку рішення надалі функціонує у господарському обороті.

До того ж, польський законодавець у випадку рішень загальних зборів – крім рішень недійсних (§ 2 ст. 42 ЗпКП) та оспорюваних (§ 3 ст. ЗпКП) – ввів третю категорію т.зв. рішень неіснуючих (§ 9 ст. 42 ЗпКП). Як зазначають деякі польські автори, про неіснуюче рішення мова йде, коли виступають основні порушення у обсязі конструкційних елементів рішення, наприклад прийняття рішення за відсутності кворуму, прийняття рішення за відсутності передбаченої законом або статутом більшості голосів тощо [4, с. 122-123]. Додатково вони підкреслюють, що якщо рішення в дійсності не було прийняте, то не можна говорити про дійсність або недійсність рішення, тому що таке рішення взагалі не існує [4, с. 123]. З уваги на спірний характер т. зв. неіснуючих рішень, вони не будуть предметом аналізу цієї статті.

III. Позов про визнання недійсності рішення загальних зборів кооперативу та позов про скасування рішення загальних зборів кооперативу

III.1. Передумови для оскарження рішення загальних зборів кооперативу

Згідно з положенням § 2 ст. 42 ЗпКП рішення, яке суперечить законодавству, є недійсним. Ця редакція положення чітко вказує, що рішення загальних зборів, прийняте з порушенням положень закону, є недійсним *ex lege*. Слід зазначити, що у рамках контролю здійснюваного згідно з раніше згаданим положенням дослідженню може підлягати як формальна, так і мериторична відповідність рішення законодавству [5, с. 124]. Як підкреслюється у польській судовій практиці, вимога про визнання недійсності рішення загальних зборів пов'язана із зазначенням імперативної норми закону, яка була порушена цим рішенням [7]. Крім того, треба підкреслити, що необхідною умовою позовної заяви про визнання не-

дійсності рішення, є зазначення правового інтересу щодо отримання судового рішення [8]. Згідно положення ст. 189 ЦПК Польщі позивач може вимагати визнання судом існування або неіснування правовідносин або права, якщо він має у цьому правовий інтерес. Необхідно ствердити, що позов про визнання недійсності рішення має правовий характер позову про визнання існування або неіснування права (правовідносин).

Згідно положення § 3 ст. 42 ЗпКП рішення, які суперечать статуту чи добрим звичаям або загрожують інтересам кооперативу чи мають на меті порушення прав його члена, можна оскаржити в суд за допомогою позову про скасування рішення. З огляду на редакцію положення § 2 ст. 42 ЗпКП слід також зробити висновок, що таке рішення загальних зборів не є нікчемним правочином, але оспорюваним. До того ж видається, що польський законодавець на відміну від редакції положень § 1 ст. 249 та також § 1 ст. 422 КТТ [12], у положенні § 3 ст. 42 ЗпКП неправильно використав логічні сполучники. У положеннях щодо акціонерного товариства та товариства з обмеженою відповідальністю передбачено, що рішення акціонерів (учасників), які суперечать статуту (договору) товариства або добрим звичаям та загрожують інтересам товариства чи мають на меті порушення прав його акціонера (учасника), можна оскаржити перед товариством за допомогою позову про скасування рішення. У випадку положення § 3 ст. 42 ЗпКП замість логічного сполучника «та» (пол. «i») польський законодавець помістив логічний сполучник «або» (пол. «lub»). У результаті в місце кон'юнкції передбаченої для товариств капіталів введена диз'юнкція для кооперативів. Це спричинає розбіжності у інтерпретації цього ж положення [1, с. 78; 4, с. 116; 9, с. 42]. Це положення є у принципі інтерпретоване таким чином, що позов про скасування рішення загальних зборів повинен бути обґрунтованим однією з чотирьох підстав закріплених у § 3 ст. 42 ЗпКП. У випадку врегулювання закріпленого для товариств капіталів для сформування підстав позову про скасування рішення необхідним є здійснення двох передумов, які були поміщені законодавцем у двох окремих групах. Перша група охоплює суперечність статуту товариства та суперечність добрим звичаям. Натомість друга група включає загрозу інтересам товариства та цілеспрямованість порушення прав учасника (акціонера). На мою думку, з огляду на вищевказану різницю треба критично віднестися до редакції § 3 ст. 42 ЗпКП, тому що у чинному законодавстві вистачить наявності лише одної передумови, щоб пред'явити позовну заяву про скасування рішення загальних зборів кооперативу.

У судовій практиці підкреслюється, що рішення загальних зборів прийняте у спосіб, який суперечить положенням статуту чи добрим звичаям або загрожує інтересам кооперативу чи має на меті порушення прав члена, є оспорюваним правочином [10]. Це значить, що особи наділені активною правомочністю для пред'явлення позову про скасування рішення, можуть підривати його правову силу принципово за допомогою позову про скасування. Крім того, треба підкреслити, що у випадку збігу підстав щодо пред'явлення позову про визнання недійсності з підставами позову про скасування рішення, пріоритет має нікчемність правочину, яка є результатом порушення рішенням законодавства [11]. Таким чином, суперечність рішення статуту може бути підставою, щоб скасувати рішення лише у випадку, коли рішення не суперечить одночасно положенням чинного законодавства.

III.2. Активна легітимація для подання позовної заяви

Активна легітимація, щоб пред'явити позов про скасування рішення належить кожному члену кооперативу та правлінню. Виняток становить оскарження рішення у справі виведення або виключення члена кооперативу. У такому випадку легітимацію має лише член кооперативу, який був з неї виведений або виключений. Слід підкреслити, що активною легітимацією наділені також члени, відсутні на загальних зборах, якщо вони були скликані неправильно [1, с. 78]. Право пред'явити позов про скасування рішення має теж прокурор (ст. 55 – 60 КЦП Польщі).

У випадку позову, закріпленого положенням § 2 ст. 42 ЗпКП, активну легітимацію зумовлює передусім питання наявності правового інтересу. Це обумовлено фактом, що позов про визнання рішення недійсним є видом позову спрямованим на підтвердження судом відсутності правовідносин. Вказане положення § 2 ст. 42 ЗпКП діє у тісному зв'язку з положенням § 1, яке закріплює, що рішення загальних зборів стосуються усіх членів кооперативу та усіх його органів. Метою позову про визнання недійсності рішення є припинення наслідків рішення прийнятого з порушенням закону перед членами кооперативу й правлінням. Крім того, треба зазначити, що позивач, членство якого у кооперативі закінчилось у ході провадження, мусить представити до моменту винесення рішення, що й надалі має як колишній член кооперативу правовий інтерес, щоб оскаржити рішення. Іншими словами, активною легітимацією щодо пред'явлення позову про визнання недійсності рішення наділені тільки ті колишні члени кооперативу, права яких були порушені рішенням [5, с. 123].

III.3. Пасивна легітимація у випадку подання позовної заяви

Відповідачем у процесі, предметом якого є скасування рішення або визнання недійсності рішення, може бути лише кооператив. Згідно § 1 ст. 48 ЗпКП кооператив у принципі представляється правлінням. Натомість у випадку, коли рішення загальних зборів було оскаржене саме у суд правлінням, він представляється представником обраним рішенням наглядової ради. Крім того, у ситуації, коли один із членів правління пред'явив позов, то інші члени правління уже не вправі представляти кооператива [13, с. 13]. Натомість у спорі щодо скасування рішення або визнання його недійсним кооператив, у якому не була обрана наглядова рада, представляється представником, обраним загальними зборами членів кооперативу.

Треба підкреслити те, що якщо представник не був взагалі обраний, суд, що розглядає справу щодо скасування або визнання недійсним рішення загальних зборів, призначає куратора для кооперативу (пол. kurator dla spółdzielni). У цьому випадку відповідним судом є не реєстровий суд, а процесуальний суд [13, с. 13]. Разом з тим, повноваження для призначення куратора має обласний суд (пол. sąd okręgowy). Слід погодитися з точкою зору, що куратор може бути призначений судом як до, так і після пред'явлення позову [13, с.13]. Можливість призначення куратора ще до дня пред'явлення позову може бути обумовлена необхідністю надання позивачеві забезпечення його позову. Умовою для призначення куратора є ситуація, коли ні наглядова рада, ні загальні збори не могли призначити представника до дня закінчення строку оскарження рішення суду у питанні забезпечення вимог позивача. Суд може призначити куратора лише за клопотанням кооперативу, тому що не передбачене положення, яке дає можливість суду діяти з обов'язку служби.

III.4. Строки для подання позовної заяви

Згідно з положенням § 6 ст. 42 ЗпКП позовна заява про скасування рішення повинна бути подана у шеститижневий строк з дня проведення загальних зборів. Однак, польський законодавець закріплює також другий строк для подання цієї позовної заяви. Якщо загальні збори скликані неправильно, і як наслідок у них не брав участі член правління, він має право подати позовну заяву в шеститижневий строк з дня отримання ним інформації про рішення, але не пізніше, ніж протягом одного року з дня проведення загальних зборів. Треба зазначити, що у випадку коли законодавство або статут передбачають повідомлення члена про рішення загальних зборів, вказаний шеститижневий строк може починатися з дня повідомлення члена про рішення загальних зборів у такий спосіб, який був передбачений законодавством або статутом. Представники доктрини

підкреслюють, що хоча вказаний строк не підлягає поновленню згідно положення § 1 ст. 167 ЦПК Польщі, але суд може як виняток не взяти до уваги закінчення цього строку, якщо залишення рішення загальних зборів у силі могло би спричинити для члена кооперативу несприятливі наслідки та пропущення строку щодо оскарження цього рішення було виправданим надзвичайними обставинами та не є надмірним [4, с. 119]. Вказані обставини повинні виступити разом, щоб було можливим не брати до уваги закінчення терміну до оскарження.

З огляду на матеріально-правовий характер положення § 6 ст. 42 ЗпКП до строку пред'явлення позову про скасування рішення не застосовується положення § 2 ст. 165 ЦПК Польщі. Щодо останнього положення, яке дозволяє подання процесуального письма у польському поштовому відділенні оператора вказаного у Законі Польщі від дня 23 листопада 2012 р. «Поштове право» або у поштовому відділенні оператора, який надає послуги у іншій державі-члена ЄС, - то є однозначною необхідність його подання у суд. Це положення відноситься лише до процесуальних строків. У зв'язку з цим треба погодитися з точкою зору, представленою у польській доктрині, яка полягає в тому, що подання позову у поштовому відділенні не достатньо для того, щоб дотримати вказаного строк та позов про скасування рішення мусить надійти до суду впродовж шеститижневого строку [4, с. 120].

У випадку, коли підстави оскарження рішення шляхом позову про його скасування відносяться не до усіх його положень, в той же час існує можливість скасувати тільки ці його положення, які суперечать статуту, добрим звичаям або загрожують інтересам кооперативу чи мають на меті порушення прав його члена [14, с. 8].

Підставою для пред'явлення позову про визнання рішення недійсним є положення ст. 189 ЦПК Польщі. Про допустимість такого позову свідчить редакція положень § 2 і § 9 ст. 42 ЗпКП [17].

З огляду на те, що польський законодавець не закріплює у положеннях закону про коопераційне право строків для пред'явлення позову про визнання рішення недійсним, треба ствердити, що такий позов може бути пред'явлений у будь-який час. Оскаржене рішення не може бути скасоване судом, тому що суд вказує лише чи дане право або правовідносини існують. Тим самим до позову про визнання недійсності рішення загальних зборів кооперативу не застосовується строк позовної давності. Це основна відмінність щодо врегулювання оскарження рішень загальних зборів товариств капіталів, тому що польський законодавець передбачає у положенні § 3 ст. 252 КТТ та § 2 ст. 425 КТТ строки позовної давності.

До позову про визнання недійсності рішення загальних зборів можна віднести рішення Апеляційного суду у Варшаві від 21 червня 2000 р. [15]. У висновку рішення суд підкреслив, що правовий інститут давності застосовується лише до майнових вимог. До того ж він відзначив, що законну силу не втрачають ці вимоги щодо визнання наявності або відсутності правовідносин, які ґрунтуються на ст. 189 ЦПК Польщі. Це не значить натомість, що вимоги, яких підставою є ст. 189 ЦПК Польщі, можуть бути висунуті безстроково, тому що передумовою мусить бути правовий інтерес. Слід зазначити, що у разі прийняття рішення загальними зборами, яке суперечило би закону, правовий інтерес у питанні пред'явлення позову у суд має кожен член кооперативу [16, с. 35]. Водночас треба підкреслити, що рішення суду, у якому стверджується недійсність рішення загальних зборів або на підставі якого касується рішення загальних зборів, має правову силу для усіх членів кооперативу та усіх його органів.

IV. Заключні положення

Проблематика рішень, які приймаються загальними зборами у неправильний спосіб, є предметом доктринальних спорів у польській літературі. Закріплені польським законодавцем відмінності, які стосуються строків та передумов позовів про скасування рішення та також визнання недійсності рішення загальних зборів, слід визнати обґрунтованими та доцільними. Важливість та предмет прийнятого загальними зборами рішення будуть детермінувати вибір правильного позову легітимованим суб'єктом.

Не викликає сумнівів, що польський законодавець мусить постійно слідувати змінам, які відбуваються не тільки на державному, але також на європейському ринку та послідовно адаптовувати регулювання. На мою думку, законодавчим змінам треба піддати передумови оскарження рішень шляхом позову про скасування рішення загальних зборів. Згідно з конструкцією передбаченою у Кодексі торгових товариств, логічний сполучник «або» повинен бути замінений сполучником «та (одночасно)». Це дозволить інакше сформулювати підстави позову про скасування рішення загальних зборів, тому що дотримання лише однієї із чотирьох передумов здається недостатнім, щоб пред'явити позов у суд. Кумулятивне виконання двох передумов, які були би поміщені польським законодавцем у дві групи, як це було передбачено у випадку товариств капіталів, здається доцільним також у випадку оскарження рішень загальних зборів кооперативів.

I. H. Cioch, Prawo spółdzielcze, Warszawa: WoltersKluwer. – 2011. – 679 ss.

2. *Ustawa z dnia 16 września 1982 r.: Prawo spółdzielcze // Dz. U. 1982. – Nr 30. – Poz. 210 ze zm.*
3. *Ustawa z dnia 17 listopada 1964 r.: Kodeks postępowania cywilnego // Dz. U. 1964. – Nr 43. – Poz. 296 ze zm.*
4. *A. Stefaniak (red.), Prawo spółdzielcze. Ustawa o spółdzielniach mieszkaniowych. Komentarz, wyd. 13, Warszawa: WolterKluwer. – 2014. – 528 cc.*
5. *K. Kwapisz-Krygel (red.), Prawo spółdzielcze. Komentarz, wyd. 3, Warszawa: LexisNexis. – 2014. – 336 cc.*
6. *Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 18 marca 2010 r., V CSK 260/09 // Monitor Prawniczy. - № 4 p. 2011.*
7. *Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 9 lutego 2011 r., V CSK 239/10 // LEX nr 1102882.*
8. *Wyrok Sądu Apelacyjnego w Szczecinie z dnia 6 marca 2014 r., I ACa 856/13 // LEX nr 1459059.*
9. *A. Sikorska-Lewandowska, Sprzeczność uchwały rady nadzorczej ze statutem spółki lub spółdzielni // Przegląd Prawa Handlowego. - № 11 p. 2013.*
10. *Wyrok Sądu Apelacyjnego w Krakowie z dnia 28 października 2016 r., I ACa 460/16 // LEX nr 2250220.*
11. *Wyrok Sądu Apelacyjnego w Krakowie z dnia 14 września 2012 r., I ACa 784/12 // LEX nr 1223212.*
12. *Ustawa z dnia 15 września 2000 r.: Kodeks spółek handlowych // Dz.U., 2000. – Nr 94. – Poz. 1037*
13. *A. Zbiegień-Turzańska, Specjalne zasady reprezentacji spółdzielni // Przegląd Prawa Handlowego. - № 4 p. 2017*
14. *Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 15 kwietnia 1999 r., I CKN 1088/97 // Monitor Prawniczy. - № 11 p. 1999*
15. *Wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 21 czerwca 2000 r., I ACa 208/00 // LEX nr 48366*
16. *Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 14 marca 2013 r., I CSK 382/13 // Monitor Spółdzielczy. - № 5 p. 2013*
17. *Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 24 czerwca 2009 r., I CSK 535/08 // LEX nr 518133.*

Жаба М. Окремі проблеми оскарження рішення загальних зборів членів кооперативу у польському праві

Це дослідження розкриває проблематику оскарження рішень загальних зборів членів кооперативу у праві Республіки Польща. У статті були проаналізовані два види позовів, за допомогою яких можливе оскарження рішення загальних

зборів членів кооперативу, а саме: позов про скасування рішення та позов про визнання недійсності рішення. Треба підкреслити, що основна форма цих двох інститутів, викладена у ст. 42 Закону Польщі про кооперативне право, певною мірою відрізняється від врегулювання оскарження рішень загальних зборів товариств об'єднань капіталів. Таким чином, головною метою статті є висвітлення найважливіших відмінностей не тільки між позовом про скасування рішення та позовом про визнання недійсності рішення, а також передумовами й строками для подання позовних заяв, але й між оскарженням рішень загальних зборів членів кооперативу та оскарженням рішень загальних зборів товариств об'єднань капіталів.

Ключові слова: рішення загальних зборів членів кооперативу, позов про скасування рішення, позов про визнання недійсності рішення, польська регуляція

Żaba M. Selected issues on challenging a resolution of the general meeting of cooperative members under Polish law

This paper deals with the issues related to challenging resolutions of the general meeting of cooperative members under Polish law. Two types of actions that are action for annulment of resolution and action for declaration of invalidity of resolution were analyzed in this paper. It should be emphasized that the main form of these two legal institutions, which are regulated in Art. 42 of the Polish Cooperative Act, to some extent differs from the regulation of challenging resolutions of shareholders' meeting in companies. According to that the primary aim of this paper was to present the most important difference not only between action for annulment of resolution and action for declaration of invalidity of resolution and premises or terms for bringing these actions, but between challenging resolutions of the general meeting of cooperative and challenging resolutions of the shareholders' meeting of companies as well.

Keywords: resolution of the general meeting of cooperative, action for annulment of resolution, action for declaration of invalidity of resolution, Polish regulation

Зеліско А.В.

*доктор юридичних наук,
доцент кафедри цивільного
права Навчально-наукового
юридичного інституту
ДВНЗ «Прикарпатський
національний університет
імені Василя Стефаника»*

Zelisko A.V.

*Doctor of Law, associate
professor, associate professor
of Civil law department,
Educational Scientific Law
Institute, Vasyl Stefanyk
Precarpathian National
University*

ОРГАНІЗАЦІЙНО-ПРАВОВІ ФОРМИ ПІДПРИЄМНИЦЬКИХ ЮРИДИЧНИХ ОСІБ ПРИВАТНОГО ПРАВА

УДК 347.191.1

Актуальність дослідження. Законодавство України протягом останніх двадцяти років проходило етап активного формування та напрацювання доктринальних і практичних положень щодо діяльності підприємницьких юридичних осіб приватного права. Вказані утворення цілком природно опинилися в епіцентрі законодавчих процесів з огляду на те, що вони є ефективним інструментом розвитку бізнесу у державі та породженням ринкової економіки. Проте стрімкість створення законодавчої основи діяльності досліджуваних нами юридичних осіб зумовила, в кінцевому результаті, певне відходження практики від наукової доктрини. Така ситуація спричинена також фактором специфіки правового регулювання підприємницьких юридичних осіб приватного права в Україні, що відображається у наявності двох кодифікованих нормативних актів – Цивільного та Господарського кодексів України, які встановлюють різні системи юридичних осіб приватного права. Тому на сьогодні одним із основним завдань у сфері систематизації чинного законодавства є вирішення питання щодо переліку існуючих організаційно-правових форм досліджуваних юридичних осіб, а також відбору із величезної кількості їх видів тих, які дійсно відповідають параметрам окремої організаційно-правової форми.

Юридична особа як суб'єкт правових відносин була предметом досліджень таких відомих учених у галузі цивільного, господарського й аграрного права, як: С. С. Алексєєв, 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. Канзафа-

рова, О. Р. Кібенко, Н. В. Козлова, В. М. Коссака, 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. Примака, В. М. Селіванов, І. А. Селіванова, В. І. Семчик, І. В. Спасибо-Фатєєва, Р. О. Стефанчук, Н. І. Титова, Є. О. Харитонов, О. І. Харитонова, Я. М. Шевченко, Ю. С. Шемшученко, Г. Ф. Шершеневич, Р. Б. Шишка, В. С. Щербина, О. В. Щербина, В. З. Янчук та інші. Проблемами функціонування юридичних осіб займалися також такі провідні російські учені, як: Д. В. Ломакін, О. А. Серова, Ю. Н. Сальнікова, А. А. Мосин, А. А. Кузьминов, Н. С. Каржавина, Р. А. Юнусов та інші.

Потрібно зауважити, що інститут підприємницьких юридичних осіб приватного права в сучасних соціально-економічних умовах характеризується надзвичайно високим рівнем динамічності, а тому актуальність його дослідження жодним чином не зменшується. Метою даної статті є виявлення конститутивних ознак підприємницьких юридичних осіб приватного права, а також відбір із існуючих видів юридичних осіб тих із них, які їм відповідають і які відповідно до існуючих у науці розробок є окремими організаційно-правовими формами.

Виклад матеріалу. Наявність в законодавстві України двох кодифікованих актів із різними системами юридичних осіб, у поєднанні із існуючими численними спеціальними нормативними актами, зумовлює наявну в теорії та практиці потребу з'ясування кола юридичних осіб, які належать до підприємницьких.

Основним кодифікованим нормативно-правовим актом, який виступає регулятором діяльності юридичних осіб приватного права є Цивільний кодекс України (далі – ЦК України), відповідно до ст. 83 якого юридичні особи можуть створюватися у формі товариств, установ та в інших формах, встановлених законом. Здавалось би, положення ЦК України регулюють правовий статус лише підприємницьких товариств, вичерпний перелік яких подано у ст. 84 (це господарські товариства і виробничі кооперативи). У той же час, ст. 83 ЦК України вказує, що юридичні особи можуть створюватися не лише у формі товариств та установ, а й в інших формах, встановлених законом. І справді, існують інші організаційно-правові форми підприємницьких юридичних осіб, створені в результаті ініціативного волевиявлення засновників на основі установчих документів. Такого роду юридичні особи є за своєю природою підприємницькими юридичними особами приватного права. Слід погодитися із науковцями, які наголошують на тому, що ЦК України не встановив вичерпного переліку юридичних осіб, а відтак вони можуть створюватися на підставі та у формах, передбачених окремими законами. До створення

та діяльності таких юридичних осіб мають субсидіарно застосовуватися положення ЦК України стосовно інституту юридичних осіб [1, с. 138].

До «інших форм, встановлених законом» належать, зокрема, підприємства, передбачені ГК України. Як підкреслює І. В. Спасибо-Фатєєва, враховуючи те, що ГК України не підтримує запропонований ЦК України розподіл юридичних осіб на особи публічного та приватного права і не виходить із відмінностей організаційно-правових форм цих суб'єктів, а містить абсолютно інший підхід до цього питання, складно зіставити ЦК і ГК України в тому, які інші організаційно-правові форми юридичних осіб все ж існують [2, с.66].

Серед юридичних осіб, які за своєю природою належать до підприємницьких юридичних осіб приватного права, в першу чергу, слід вказати на передбачені ст. 63 ГК України корпоративні та унітарні приватні підприємства.

Питання про те, чи є вони окремою організаційно-правовою формою ставить у своїх дослідженнях І. В. Спасибо-Фатєєва, на думку якої не всі класифікації, запропоновані в ГК України, надають можливість стверджувати про існування інших організаційно-правових форм юридичних осіб. Немає жодних підстав вважати, що такою формою буде унітарне і корпоративне підприємство, або орендне, або іноземне підприємство, підприємство з іноземними інвестиціями та деякі інші. Всі вони за своєю правовою природою можуть бути віднесені до однієї з двох видів організаційно-правових форм юридичних осіб згідно зі ст. 83 ЦК України [2, с.66]. З погляду юридичної техніки саме так воно і мало би бути. І науковець запропонувала таким чином вихід із пастки «безсистемності» у організаційно-правових формах досліджуваних юридичних осіб.

Для детального аналізу співвідношення товариств та корпоративних і унітарних підприємств звернемося до аналізу норм ГК України, відповідно до яких корпоративне підприємство утворюється, як правило, двома або більше засновниками за їх спільним рішенням (договором), діє на основі об'єднання майна та/або підприємницької чи трудової діяльності засновників (учасників), їх спільного управління справами, на основі корпоративних прав, у тому числі, через органи, що ними створюються, участі засновників у розподілі доходів та ризиків підприємства.

Як бачимо, ГК України застосовує іще одне системоутворююче поняття – «корпоративне підприємство» і відносить до такого роду юридичних осіб кооперативи, господарські товариства, а також інші підприємства, в тому числі засновані на приватній власності двох або більше осіб. За своєю правовою природою поняття «корпоративне підприємство» та

«підприємницьке товариство» накладаються одне на одне, маючи, проте, одну істотну відмінність: ГК України, на відміну від ЦК України, визначає невичерпність переліку корпоративних підприємств, підкреслюючи, що до них належать також «інші підприємства, в тому числі засновані на приватній власності двох або більше осіб».

Якщо неврегульованість корпоративних підприємств нормами ГК України на практиці не викликає суттєвих труднощів у зв'язку із належним визначенням статусу підприємницьких товариств, які «вписуються» у це поняття, то ситуація із унітарними приватними підприємствами, на нашу думку, є дещо складнішою.

Унітарне підприємство створюється одним засновником, який виділяє необхідне для того майно, формує відповідно до закону статутний капітал, не поділений на частки (паї), затверджує статут, розподіляє доходи, безпосередньо або через керівника, який призначається (обирається) засновником (наглядовою радою такого підприємства у разі її утворення), керує підприємством і формує його трудовий колектив на засадах трудового найму, вирішує питання реорганізації та ліквідації підприємства (ч. 4 ст. 63) [3]. ГК України правовий статус такого підприємства не врегульовує, а звернутися до інших правових актів немає можливості, оскільки така організаційно-правова форма не належить за своєю правовою природою до жодної із організаційно-правових форм підприємницьких товариств, передбачених ЦК України. В результаті створилася ситуація, за якої унітарне підприємство фактично «випало» із сфери правового регулювання підприємницьких юридичних осіб приватного права.

Повертаючись до проблеми трактування змісту ст. 83 ЦК України, серед «інших форм, встановлених законом» слід виокремити ще один сегмент підприємницьких юридичних осіб приватного права. Йдеться про ті їх організаційно-правові форми, правовий статус яких встановлений спеціальними нормативно-правовими актами (наприклад, корпоративні інвестиційні фонди, фермерські господарства, наукові парки та інші).

Викладені положення дозволяють ставити питання про те, наскільки об'єктивною та такою, яка відповідає дійсності, є задекларована у ЦК України «вичерпність» переліку підприємницьких юридичних осіб приватного права і чи відповідає вона потребам сучасних реалій.

Окреслена ситуація відображається відповідним чином у Державному класифікаторі ДК 002:2004 «Класифікація організаційно-правових форм господарювання» [4]. В переліку суб'єктів господарювання класифікатор визначає корпоративне та унітарне підприємство, установу, об'єднання підприємств, асоційовані підприємства, однак термін «това-

риство» не використовує, зазначаючи в подальшому лише на поняття господарських товариств та на їх окремі організаційно-правові форми (п. 3.2.). Вказаний класифікатор не враховує доктринальну концепцію ЦК України, ґрунтуючись лише на положеннях ГК України. У його нормах використовується загальне родове поняття «кооператив», однак в переліку таких організаційно-правових форм не міститься цілий ряд кооперативів, таких як: садівничі, житлово-будівельні, дачні, гаражні тощо.

Аналіз Державного класифікатора дає можливість зробити висновок, що він виконувати своє призначення як орієнтира для ведення Єдиного державного реєстру юридичних осіб та фізичних осіб-підприємців та громадських формувань, не здатен. Навпаки, ознайомлення із його змістом призводить до абсолютного позбавлення розуміння системи юридичних осіб, передбачених чинним законодавством. Вважаємо, що його положення повинні базуватися на елементах, що виконують системоутворюючі функції: на поняттях родового характеру, що конкретизуватимуться в окремих організаційно-правових формах юридичних осіб. Реалізація вказаного завдання повинна, в першу чергу, ґрунтуватися на чіткому однозначному уявленні про те, які правові ознаки визначають належність юридичної особи приватного права до підприємницької.

Відповідь на це питання знаходиться у площині механізму створення юридичної особи та формування між засновником (учасником) юридичної особи і юридичною особою особливого правового зв'язку майнового характеру, який притаманний для усіх без винятку підприємницьких юридичних осіб приватного права. В теорії корпоративного права такий зв'язок визначають як властивий для корпоративних юридичних осіб. Зокрема, В. А. Васильєва наголошує на тому, що можна констатувати існування постійного особливого суспільного зв'язку між засновником і юридичною особою, для позначення якого і застосовується термін «корпоративне право». Організаційно-правова форма створеної юридичної особи не буде впливати на факт існування корпоративного зв'язку, а тільки буде визначати зміст корпоративних прав того чи іншого суб'єкта корпоративних відносин [5, с.11]. Акцентуючи увагу на майновому аспекті корпоративних прав, В.А. Васильєвою підкреслюється, що суб'єктивні корпоративні права, об'єктивуючись і наділяючи суб'єкта певними повноваженнями, виступають у обороті як цілісний об'єкт, як майнове благо, що має вартісну оцінку [5, с.10]. Означене трактування специфіки корпоративних юридичних осіб, на нашу думку, заслуговує на покладення в основу для розуміння природи підприємницьких юридичних осіб приватного права. Наведена ознака, на думку Н.С. Кузнецової, розглядається

в якості однієї із кваліфікуючих ознак товариств [6, с.10]. Саме вказана обставина і спонукала І. М. Кучеренко зробити висновок про те, що фактично, усі види підприємств та об'єднань підприємств можна віднести до такої системоутворюючої організаційно-правової форми як товариства [7, с.23].

Викладені положення дозволяють зробити висновок, що в основі поняття «підприємницька юридична особа приватного права» знаходиться ознака наявності права розподілу прибутку між учасниками або членами юридичної особи. Вважаємо, що вказана ознака видозмінює трактування підприємницьких юридичних осіб приватного права на основі законодавчого визначення підприємницьких товариств. Зокрема, сам факт отримання прибутку юридичною особою не може бути підґрунтям для віднесення її до підприємницької, оскільки потреби сучасних реалій визначають можливість отримання прибутку будь-якою юридичною особою, так само, як і розподіл прибутку сам по собі також не може вказувати належність юридичної особи до підприємницької. Відповідно, в основі конститутивного критерію належності юридичної особи до підприємницької знаходиться її право розподіляти прибуток саме між її учасниками. При цьому право учасника або члена на отримання частини прибутку від діяльності юридичної особи включає не лише частину прибутку, яка може виплачуватися на підставі рішення загальних зборів або учасників юридичної особи, але й право на ліквідаційну квоту в разі ліквідації юридичної особи.

Такий критерій має не лише теоретичне значення для визначення юридичної особи як підприємницької, а й прикладне значення, так як є основою для вирішення питання включення чи не включення її до переліку суб'єктів оподаткування. На основі викладеного уперше запропоновано дефініцію універсальної категорії «підприємницька юридична особа приватного права» як юридичної особи, яка діє на основі відносин участі або членства її учасників або членів і має право розподіляти між ними прибуток. Безумовно, що встановлена конститутивна ознака підприємницьких юридичних осіб однозначно не вичерпується лише господарськими товариствами і виробничими кооперативами, а тому спонукає до вирішення іще одного завдання проведення так званого моніторингу чинного законодавства щодо відбору з-поміж численних видів існуючих у ньому юридичних осіб тих, які є окремими організаційно-правовими формами і тих, які створюються у формі господарських товариств чи то виробничих кооперативів.

Розкриття вказаного аспекту досліджуваної нами проблематики знаходиться в площині з'ясування змісту поняття «організаційно-правова форма». Зміст поняття «організаційно-правова форма» є доктринальним, саме тому став популярним об'єктом досліджень для вітчизняних та зарубіжних цивілістів. Зокрема, учені вважають, що означене поняття відображає: особливості правового статусу юридичної особи (С.Е. Жилінський) [8, с. 94]; характеристику внутрішніх відносин (К.Ю. Тотьев) [9, с. 62-67]; закріплену нормами права модель юридичної особи, що визначається її істотними ознаками (В.М. Кравчук [10, с. 31]) тощо. З цього приводу І.М. Кучеренко зазначено, що організаційно-правова форма характеризується сукупністю взаємопов'язаних і встановлених в законі ознак, яка дає підставу у зовнішньому прояві вирізняти один вид юридичної особи від іншого [7, с. 18]. Застосовуючи системний підхід, К.О. Кочергіна формулює визначення організаційно-правової форми підприємницьких товариств в якості системи урегульованих у законодавстві трьох типів відносин, а саме: відносин, що виникають в середині підсистеми «засновників/учасників» між її системно-структурними елементами засновниками/учасниками з приводу створення, функціонування та припинення господарського товариства як організації; відносин, що виникають в середині підсистеми «юридична особа» з приводу взаємодії її структурних елементів – правоздатність, правовий режим майна, порядок управління; відносин, що виникають між названими підсистемами з приводу функціонування та припинення господарського товариства, як юридичної особи, включаючи межі і порядок відповідальності [11, с. 122]. На основі проаналізованих концепцій можемо стверджувати про пріоритетність у вітчизняній доктрині позиції щодо трактування організаційно-правової форми в якості комплексу правових параметрів, які визначають особливості правового статусу юридичної особи. Саме з означеного ми виходимо, проводячи верифікацію ознак юридичних осіб щодо належності їх до окремих організаційно-правових форм.

І справді, більшість означених видів юридичних осіб, передбачених ГК України неможливо віднести до поняття «організаційно-правової форми» в силу відсутності у них напрацьованих сучасної доктриною конститутивних її правових параметрів. Зокрема, це стосується більшості видів підприємств, запропонованих ГК України, адже ні предмет діяльності ні форма власності ні інші подібного роду неправові критерії не можуть визначати належність їх до окремих організаційно-правових форм. З цього приводу варто також вказати і на такого ж роду твердження стосовно об'єднань підприємств, визначених ГК України, які, не вважа-

ючи на те, що ГК України регулює їх як окремі організаційно-правові форми господарської діяльності, не можуть бути віднесені до окремих організаційно-правових форм підприємницьких юридичних осіб приватного права, оскільки жодних особливих правових характеристик їх статусу чинне законодавство не передбачає. В цьому питанні вважаємо за підтримати існуючу у літературі позицію щодо не належності об'єднань підприємств до окремих організаційно-правових форм юридичних осіб. Зокрема, у дослідженні Ю.М. Юркевич отримала свій розвиток теза І.В. Бейцун про те, що корпорація, консорціум, концерн, трест, синдикат тощо є економічними категоріями, а не організаційно-правовими формами об'єднань юридичних осіб, а тому і не повинна існувати і не існує специфіка регулювання їх правового статусу [12, с.134].

Відібрані у дослідженні організаційно-правові форми підприємницьких юридичних осіб приватного права визначають потребу з'ясування питання місця у їх системі таких видів досліджуваних юридичних осіб, як: корпоративні інвестиційні фонди, банки, страхові компанії, ломбарди тощо. Відповідь на викладене питання визначає потребу звернення до однієї із існуючих інтеграційних класифікацій юридичних осіб, згідно із якою у доктрині виділяють основні та похідні організаційно-правові форми. При цьому, пріоритетною у науці є концепція, згідно із якою похідні або модифіковані (як вони названі у дослідженні І.В. Борисова) не є окремими організаційно-правовими формами. Як зазначає І.В. Борисов, модифіковані організаційно-правові форми юридичних осіб виникають шляхом включення до структури основних елементів базових організаційно-правових форм юридичних осіб додаткових, функціональних правових засобів, що відбивають спеціальні вимоги до відповідних видів юридичних осіб залежно від економіко-правових інтересів їх засновників/учасників [13, с. 9]. Відповідно, ми підтримуємо позицію учених, пов'язану із тим, що модифіковані форми юридичних осіб створюються в межах основних організаційно-правових форм підприємницьких юридичних осіб приватного права, однак, мають спеціальний правовий статус, що є наслідком діяльності їх у сферах, пов'язаних із публічним інтересом.

Висновок. Таким чином, особливості розвитку чинного законодавства України призвели до розвитку та існування таких видів юридичних осіб, статус яких визначається наявністю особливих правових характеристик, які визначають належність їх до окремих організаційно-правових форм, наприклад, фермерські господарства, наукові парки, приватні унітарні підприємства. Виникнення означених окремих організаційно-пра-

вових форм підприємницьких юридичних осіб приватного права зумовлені об'єктивними впливами тенденцій щодо зближення регулювання у світі статусу юридичних осіб, що є об'єднаннями капіталів та юридичних осіб, які є об'єднаннями осіб. Особливості їх правових характеристик визначають якісну відмінність їх від тих організаційно-правових форм юридичних осіб, які безпосередньо врегульовані в ЦК України. Надання фермерським господарствам, науковим паркам та приватним унітарним підприємствам статусу юридичної особи зумовлене об'єктивними факторами – наявністю майнової відокремленості між юридичною особою та її учасниками, що дозволяє зменшити ризик втрат під час здійснення підприємницької діяльності. Викладене визначає потребу упорядкування тих із існуючих юридичних осіб, які згідно із доктриною, належать до повноцінних організаційно-правових форм в єдину систему підприємницьких юридичних осіб приватного права.

1. *Scientific and practical comment of the Civil code of Ukraine / by O.V. Dze-
ra, N. S. Kuznietsova, V. V. Lust. Kyiev, 2005. 832 p.*
2. *Spasibo-Fatieieva I. V. Legal entities in the Civil code of Ukraine. Private
Law. 2013. N. 2. P. 62–70.*
3. *Commercial code of Ukraine : Legal act of 16.01.2003 N. 436-IV. Lists of
Verkhovna Rada of Ukraine. 2003. N. 18–22. P. 144.*
4. *Classifier of the state 002:2004 “Classification of forms of commercial
activ-ity” URL : http://search.ligaakon.ua/l_doc2.nsf/link1/ST000948.html
(date of appeal 12.03.2015).*
5. *Vasylieva V. A. The concept and legal nature of corporate relations and
corporate rights. The guard of rights of the subjects of corporate relations /
by V. A. Vasylieva, V. V. Luts, O. M. Vinnyk. The Academician F. H. Burchak
Scientific-Research Institute of Private Law and Entrepre-neurship of
National Academy of Law Sciences of Ukraine. Kyiv. 2013. P. 7–12.*
6. *Kuznietsova N. S. About the corporate law and the corporate legislation of
Ukraine: problem questions. Civil Law. 2013. N 4. P. 9–13.*
7. *Kucherenko I. M. The legal forms of legal entity of Private Law. Institute of
State and Law after V. N. Koretsky. Kyiv, 2004. 328 p.*
8. *Zhylinskii S. E. The legal framework of entrepreneurial activity. Moskva,
1998. 661 p.*
9. *Totiev K. Y. The enterprise and his legal form. State and Law. 1994. N 10.
P. 62–67.*
10. *Kravchuk V. M. Main signs of legal entity. Enterprise, economy and law.
1999. N. 7. P. 31–32.*

11. Kochergina K. O. *About correlation of concepts of legal entity and legal form. Enterprise, economy and law. 2004. N. 10. P. 122–125.*
12. Yurkevych Y. M. *The contractual forms of the associations of physical and legal persons in Civil Law of Ukraine. Lviv, 2017. 410 p.*
13. Borysov I. V. *The legal forms of the financial institutions as participants of market of financial services. The Thesis for obtaining Candidate of Juridical Sciences degree, specialty 12.00.04 – commercial law; commercial procedure law. – Yaroslav Mudryi National Law University, Ministry of Education and Science of Ukraine, Kharkiv, 2016. 20 p.*

Зеліско А. В. Організаційно-правові форми підприємницьких юридичних осіб приватного права.

Встановлено, що в основі категорії «підприємницька юридична особа приватного права» знаходиться ознака наявності права розподілу прибутку між учасниками або членами юридичної особи. Це є спеціальна ознака досліджуваних юридичних осіб. При цьому право учасника або члена на отримання частини прибутку від діяльності юридичної особи включає не лише частину прибутку, яка може виплачуватися на підставі рішення загальних зборів або учасників юридичної особи, але й право на ліквідаційну квоту в разі ліквідації юридичної особи.

В єдину систему досліджуваних юридичних осіб включено ті їх організаційно-правові форми, які відповідають напрацьованим у доктрині їх правовим параметрам. Відповідно, ні предмет діяльності ні форма власності ні інші неправові критерії не можуть визначати належність юридичної особи до окремої організаційно-правової форми.

Ключові слова: юридична особа, підприємницька юридична особа приватного права, товариство, кооператив, науковий парк, фермерське господарство, приватне підприємство.

Zelisko A. V. Forms of entrepreneurial legal entities of Private law.

The objective of the dissertation is the development of a universal legal category of “entrepreneurial legal entity of Private law” and system regulation of the existing legal entities within its boundaries. This is made on the basis of modern practices of the national and world doctrine, as well as legislative practice of European countries.

It is established that such category as “the entrepreneurial legal entity of the private law” is grounded upon the eligibility to distribute income between the participants or members of the legal entity. This is special characteristic feature peculiar to the legal entities in question. Moreover, the right of the participant or the member to make a part of profit from the legal entity’s activity includes not only a part of profit, which may be paid on the basis of the decision issued by the general meeting or participants of the legal entity, but the right to a liquidation quota in case of the legal entity liquidation either.

Such criterion has not only a theoretical significance for definition of the legal entity as an entrepreneurial one but a practical significance is also present, since it is

a basis to settle the issue on inclusion or non-inclusion of such legal entity to the list of the subjects coming under taxation. Based on the foregoing, for the first time, we offer a definition of the universal category of “the entrepreneurial legal entity of the private law” as a legal entity, which acts under participation or membership relations of its participants or members and shall be entitled to distribute profit among them.

The developed category of “the entrepreneurial legal entity of the private law” encourages reviewing of the existing classification typical for the legal entities of the private law. Indeed, accordingly to the provision the Civil Code of Ukraine, the entrepreneurial legal entities of the private law are entirely covered by the concept of “the entrepreneurial company” that includes economic entities and production cooperatives. On the ground of provisions stated in this academic paper, we have primarily proved the expediency to borrow the leading European states’ experience in the scope of changing classification levels of the legal entities of the private law provided by the Civil Code of Ukraine. It is possible while introducing the first level of classification (after making separation between the legal entities of the public law and the legal entities of the private law) to divide the entities into entrepreneurial and non entrepreneurial ones depending on the fact if they have or do not have the right to distribute the profit between the participants or members (nowadays the current legislation of Ukraine envisages such division within the entrepreneurial company’s framework only). The specified criterion of classification has the applied nature because it permits to identify the legal entity as those to be included in the list of the subjects undergoing taxation. Primary nature of such criterion in the process of formation of the classification scheme for the legal entities of the private law will include all possible forms of the entrepreneurial legal entities of the private law.

The unified system of the legal entities in question includes those organizational-legal forms, which correspond to their legal parameters developed in the doctrine. Accordingly, neither business profile nor the form of ownership, or other non-legal criteria cannot determine the legal entity’s belonging to a separate organizational-legal form. As to the legal entities, which are existing within the other integration classifications in any derivative or modified organizational-legal forms (corporate investment funds, banks, insurance companies, pawnshops, etc.), we have accepted a scientific position such as existing of the entrepreneurial legal entities of the private law in the main organizational-legal forms, but the mentioned entities must have a special status connected with the public interest.

Keywords: legal entity, entrepreneurial legal entity of Private law, company, cooperative, scientific park, farm, private enterprise.

Зінич Л.В.

кандидат юридичних наук, викладач кафедри конституційного, міжнародного та адміністративного права ДВНЗ «Прикарпатський національний університет імені Василя Стефаника»

Zinych L.V.

PhD in Law, lecturer of constitutional, international and administrative law department, HSEI «Vasyl Stefanyk Precarpathian National University»

ПРАВОВЕ РЕГУЛЮВАННЯ ВИКОРИСТАННЯ ВИНАХОДІВ ЗА ЗАКОНОДАВСТВОМ УКРАЇНИ ТА ЧЕХІЇ: ПОРІВНЯЛЬНО- ПРАВОВИЙ АСПЕКТ

УДК: 347.78:001.894

Постановка проблеми. Стратегічним напрямком розвитку інтелектуальної власності в Україні є удосконалення правового регулювання використання інноваційних об'єктів у національному виробництві. Реалізація цього завдання неможлива без вивчення та впровадження позитивного досвіду інших держав, що дозволить підвищити рівень використання, таких важливих об'єктів як винаходи.

Особливо корисним для України може бути досвід Чехії, адже дослідження і технічні розробки в Чехії мають давню традицію. Чеські університети і дослідницькі інститути мають можливість готувати висококваліфікованих фахівців і проводити складні наукові дослідження [1], а Патентне законодавство Чехії - тривалу історію формування.

Враховуючи вище зазначене, питання про використання винаходів за законодавством Чехії, було та залишається актуальним та має важливе значення для вдосконалення чинного законодавства України.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. При дослідженні даної проблеми використовувались аналітичні матеріали державних органів і законодавство Чехії. Зазначимо, що проблематика порівняння правового регулювання використання винаходів за законодавством України і Чехії українськими вченими не розглядалась.

Крім того, наукові дослідження здебільшого обмежуються дослідженням правової охорони винаходів, необґрунтовано залишаючи поза

увагою правові аспекти їх використання. Все ж рівень наукової розробки проблеми використання винаходів не відповідає вимогам практики, що відображається у неефективному використанні зазначених об'єктів.

Метою статті є дослідження загальних особливостей використання винаходів в Україні і Чехії, визначення умов вільного використання винаходів, встановлення підстав обов'язкового ліцензування, аналіз відмінностей у підході законодавчого регулювання використання винаходів для вдосконалення чинного законодавства України.

Виклад основного матеріалу. Використання винаходів за законодавством України здійснюється на підставі статті 28 Закону України «Про охорону прав на винаходи і корисні моделі» [2], яка встановлює, що використанням визнається: 1) виготовлення продукту із застосуванням запатентованого винаходу, корисної моделі, застосування такого продукту, пропонування для продажу, в тому числі через Інтернет, продаж, імпорту (ввезення) та інше введення його в цивільний оборот або зберігання такого продукту в зазначених цілях; 2) застосування процесу, що охороняється патентом, або пропонування його до застосування в Україні, якщо особа, яка пропонує цей процес, знає про те, що його застосування забороняється без згоди власника патенту або, виходячи з обставин, це і так є очевидним.

Патентне законодавство Чеської Республіки базується на «Указі відомства з промислової власності щодо процедур, що стосуються винаходів та промислових зразків» [3] (далі — Указ).

Згідно розділу 11 (дія патенту) 1) Власник патенту має виключне право використовувати винахід самостійно, уповноважувати на його використання інших осіб або передавати їм патент на даний винахід; 2) Патент вступає в дію з дати публікації відомостей про нього в Офіційному Бюлетені Відомства з промислової власності (далі – «Офіційний Бюлетень»); 3) Заявник має право на належну винагороду від будь-якої особи, яка використовує предмет заявки на винахід після опублікування даної заявки. Право на належну винагороду може бути заявлене починаючи з дати, коли патент набирає чинності; 4) Заявник, що подає міжнародну заявку з проханням про надання патенту у Чеській Республіці, що була опублікована з дотриманням міжнародних договорів, отримує право на належну винагороду відповідно до Пункту 3 тільки після того, як був опублікований переклад заяви на чеську мову.

Вартим уваги є положення чеського законодавства, яке передбачає поділ на пряме та непряме використання винаходу. Таке розуміння є до-

цільним, оскільки воно охоплює всі суттєві випадки використання винаходу та має науково обґрунтоване підґрунтя.

Розділ 13 (Заборона на пряме використання) ніхто не має права без дозволу власника патенту: а) створювати, пропонувати, виводити на ринок або використовувати продукт, що є предметом патенту, або ж імпортувати чи створювати запас даного продукту з цією метою, або ж збувати його будь-яким іншим шляхом; б) самостійно використовувати процес, що є предметом патенту, або ж пропонувати його іншим; в) пропонувати, виводити на ринок, використовувати, імпортувати чи з даною метою створювати запас продукту, який було отримано безпосередньо за допомогою процесу, що є предметом патенту. Ідентичні продукти вважатимуться такими, що були отримані за допомогою процесу, що є предметом патенту, якщо існує висока ймовірність, що продукт було отримано за допомогою процесу, що є предметом патенту, та незважаючи на докладені розумні зусилля власник патенту не зміг визначити, який процес використовувався насправді, якщо не буде доведено протилежне. Якщо буде доведено протилежне, то права, що стосуються захисту комерційної таємниці, повинні бути дотримані.

Розділ 13а (Заборона на непряме використання) 1) Ніхто не має права без дозволу власника патенту постачати чи пропонувати постачання будь-яким особам, окрім тих, що мають право використовувати запатентований винахід, засобів, що стосуються суттєвого елемента винаходу та служать для того, щоб привести його в дію, коли за даних обставин очевидно, що ці засоби підходять і призначені для того, щоб привести запатентований винахід в дію. 2) П.1 не застосовується у випадках, коли дані засоби є продуктами, що вже поширені на ринку, якщо третя особа не схилила покущя вчинити дію, що заборонена Розділом 13.

Особливо важливе значення у чеському законодавстві надається договору, як результату домовленості сторін щодо використання винаходу. Виходячи з розділу 14 Указу Чехії слід зазначити про забезпечення права власника патенту на вільне розпорядження результатами своєї інтелектуальної діяльності, що включає свободу вибору сторін, свободу вибору змісту договору та ін..

Розділ 14 1) Повноваження використовувати винахід, що захищений патентом (ліцензією), надаються шляхом укладення письмового договору (далі – «ліцензійний договір»); 2) Ліцензійний договір розповсюджується на треті сторони з моменту його внесення до Патентного Реєстру.

Розділ 17 (Обмеження дії патенту) 1) Патент не розповсюджується на особу (далі – «попередній користувач»), яка вже використовувала вина-

хід незалежно від винахідника чи власника патенту, або ж здійснювала підготовку до його використання, та може це довести, до настання права пріоритету.

2) У випадку, коли сторони не можуть досягти згоди, попередній користувач має право подати до суду прохання про те, щоб його право було визнане власником патенту.

У законодавстві Чеської Республіки достатньо уваги відводиться інституту вільного ліцензування винаходу. Розділ 18 (Права власника патенту не порушуються використанням захищеного патентом винаходу): а) на борту суден інших держав, що є сторонами Паризької конвенції з захисту промислової власності (далі – «Паризька конвенція»), стороною якої є Чеська Республіка, у корпусі судна, в обладнанні, приладді, механізмах та інших деталях, коли такі судна тимчасово або випадково входять на територію Чеської Республіки, якщо таке використання стосується виключно потреб судна; б) у конструкції або при керуванні повітряними суднами чи наземним транспортом інших держав Союзу, коли такі повітряні судна чи наземний транспорт тимчасово або випадково входить на територію Чеської Республіки; в) в індивідуальній підготовці лікарського засобу в аптеці згідно з рецептом від лікаря, включно з діями стосовно лікарського засобу, підготованого таким чином; г) у діях, здійснених з некомерційною метою; д) у діях, що стосуються предмету винаходу, здійснених з експериментальною метою.

Разом із тим на практиці застосування вільного використання винаходів є недостатнім. Тому наступним із обмежень є примусове відчуження прав на винаходи та корисні моделі, який існує впродовж багатьох років та закріплений у всіх розвинених країнах, проте відрізняється підставами встановлення та порядком застосування. Поряд із цим, передбачається також механізм обов'язкового ліцензування винаходу.

Законодавство передбачає 3 види обов'язкових ліцензій: обов'язкову ліцензію у зв'язку з невикористанням винаходу, обов'язкову ліцензію в громадських інтересах та обов'язкову ліцензію на використання винаходу власником пізніше виданого патенту. Розглянемо кожен із видів.

Обов'язкова ліцензія на винахід у зв'язку з невикористанням відповідно до статті 30 Закону України «Про охорону прав на винаходи і корисні моделі» здійснюється, якщо винахід, крім секретного винаходу, не використовується або недостатньо використовується в Україні протягом трьох років починаючи від дати публікації відомостей про видачу патенту або від дати, коли використання винаходу було припинено, то будь-яка особа, яка має бажання і виявляє готовність використовувати винахід, у

разі відмови власника прав від укладання ліцензійного договору може звернутися до суду із заявою про надання їй дозволу на використання винаходу.

Обов'язкова ліцензія на залежний об'єкт згідно статті 30 Закону України «Про охорону прав на винаходи і корисні моделі» власник патенту зобов'язаний дати дозвіл (видати ліцензію) на використання винаходу власнику пізніше виданого патенту, якщо винахід останнього призначений для досягнення іншої мети або має значні техніко-економічні переваги і не може використовуватися без порушення прав власника раніше виданого патенту. Дозвіл дається в обсязі, необхідному для використання винаходу власником пізніше виданого патенту. При цьому власник раніше виданого патенту має право отримати ліцензію на прийнятних умовах для використання винаходу, що охороняється пізніше виданим патентом.

Наступною є обов'язкова ліцензія на винаходи, корисні моделі в інтересах національної безпеки. Постановою Кабінету Міністрів України «Про затвердження порядку надання Кабінетом Міністрів України дозволу на використання запатентованого винаходу, корисної моделі чи зареєстрованої топографії інтегральної мікросхеми» [4] та частина 3 статті 30 Закону України «Про охорону прав на винаходи і корисні моделі» з метою забезпечення здоров'я населення, оборони держави, екологічної безпеки та інших інтересів суспільства, передбачено, що Кабінет Міністрів України може дозволити використання запатентованого винаходу, визначений ним особі без згоди власника патенту у разі його безпідставної відмови у видачі ліцензії на використання винаходу, корисної моделі.

Якщо говорити про чеське законодавство, то відповідно до Розділу 20 (Обов'язкова ліцензія) 1) Якщо власник патенту необґрунтовано не використовує винахід взагалі або ж використовує його недостатньо, і він не прийняв належну оферту ліцензійного договору у розумний строк, то Відомство, за обґрунтованим проханням, може надати невиключне право на використання винаходу (обов'язкову ліцензію). Обов'язкова ліцензія не може надаватися до закінчення 4-річного періоду від дати подачі заявки на винахід чи 3-річного періоду від дати надання патенту. Застосовується той період, що закінчується пізніше. 2) Обов'язкова ліцензія може також надаватися при існуванні загрози для важливих суспільних інтересів. 3) Відомство визначає умови, обсяг та тривалість обов'язкової ліцензії у своєму рішенні про надання обов'язкової ліцензії, беручи до уваги обставини справи. Обов'язкова ліцензія може надаватися в основному для постачання на внутрішній ринок. 4) Обов'язкова ліцензія може надаватися лише шляхом передачі підприємству чи його частині, де під-

приємець використовує винахід на основі обов'язкової ліцензії (далі – «власник обов'язкової ліцензії»). 5) Власник обов'язкової ліцензії може відмовитися від права на використання винаходу протягом строку тривалості такої ліцензії, повідомивши про це Відомство. У день отримання повідомлення дія рішення про надання обов'язкової ліцензії втрачає свою силу. 6) Відомство може скасувати обов'язкову ліцензію чи змінити її умови, обсяг або тривалість на прохання власника патенту, якщо він може довести, що умови надання обов'язкової ліцензії було змінено, або вони навряд чи повторяться, або ж власник обов'язкової ліцензії не використовував її протягом 1 року або ж не дотримується умов, встановлених при наданні обов'язкової ліцензії. 7) Надання обов'язкової ліцензії не впливає на право власника патенту на компенсацію відповідно до вартості ліцензії. Якщо вартість ліцензії не погоджена зацікавленими сторонами, то вона визначається судом при поданні відповідного прохання, беручи до уваги важливість винаходу та вартість ліцензійних договорів у відповідній технічній сфері. 8) Обов'язкова ліцензія вноситься до Патентного Реєстру.

Аналізуючи дану статтю законодавства Чехії слід відзначити, що суттєвих відмінностей у підставах встановлення обов'язкової ліцензії від законодавства України вона не містить, проте детально регламентує процедуру надання, зміни та припинення обов'язкової ліцензії на використання винаходів.

Висновки. Таким чином, використання винаходів за законодавством Чехії характеризується високим ступенем деталізації, водночас гарантуючи права власника патенту та власника ліцензії. Законодавство Чехії поділяє використання винаходів на пряме та непряме, що є обґрунтовано, оскільки охоплює всі суттєві випадки використання винаходу. Також у законодавстві Чехії визначено процедуру внесення змін до обов'язкової ліцензії і припинення її дії, якщо власник патенту зможе довести, що умови обов'язкової ліцензії змінилися або такі обставини більше не виникнуть.

Досвід Чехії свідчить, що для підвищення рівня використання винаходів необхідна комплексна та системна нормотворча діяльність держави. Крім того використання винаходів залежить від багатьох обставин, серед яких не останню роль відіграють економічні чинники.

Проведений аналіз правових аспектів використання винаходів за законодавством України і Чехії є не вичерпаним. Подальше теоретичне дослідження дасть змогу розробити практичні рекомендації, спрямовані на

вдосконалення законодавства України та стимулювати розвиток винахідництва в Україні.

1. *Science and technology in the Czech Republic. Ministry of foreign affairs of the Czech Republic. Retrieved from: http://www.mzv.cz/jnp/en/foreign_relations/science_and_technology/science_and_technology_in_the_czech.html.*
2. *Law of the Ukraine On Protection of Rights to Inventions and Utility Models, from 15.12.1993 p. №3687-XII // National legal internet portal of the Verkhovna Rada of Ukraine, 28.07.2017.*
3. *Patent Act of the Czech Republic. No. 527 of November 27, 1990. on Inventions and Rationalization Proposals, as amended by Acts No. 519/1991 Coll., No. 116/2000 Coll. and No. 207/2000 Coll. ENTRY INTO FORCE: October 1, 2000. Retrieved from: http://www.jpo.go.jp/shiryoe/s_sonota_e/fips_e/pdf/czech_e/e_tokkyo.pdf*
4. *The procedure for granting by the Cabinet of Ministers of Ukraine permission to use a patented invention, utility model or registered topography of an integrated circuit, from 14.01.2004 No 8 // National legal internet portal of the Verkhovna Rada of Ukraine, 25.08.2016.*

Зінич Л. В. Правове регулювання використання винаходів за законодавством України та Чехії: порівняльно-правовий аспект

У статті розглядаються правові особливості використання винаходів за законодавством України і Чехії. У цьому аспекті проаналізовано такі інститути патентного права, як вільне використання та обов'язкове ліцензування винаходів. Виділено спільні та відмінні підходи у правовому регулюванні. На підставі проведеного аналізу обґрунтовано, що патентні закони досліджуваних країн надають їх власникам виключні права використовувати винахід на території країни отримання патенту, шляхом продажу або імпорту.

Законодавство Чехії поділяє використання винаходів на пряме та непряме, що є обґрунтовано, оскільки охоплює всі суттєві випадки використання винаходу. У сфері вільного ліцензування передбачено положення про використання винаходу в індивідуальній підготовці лікарського засобу в аптеці, яке не врегульовано законодавством України. Також у законодавстві Чехії визначено процедуру внесення змін до обов'язкової ліцензії і припинення її дії, якщо власник патенту зможе довести, що умови обов'язкової ліцензії змінилися або такі обставини більше не виникнуть.

Зроблено висновок, що для підвищення рівня використання винаходів необхідна комплексна та системна нормотворча діяльність держави. Автор вважає, що впровадження позитивного досвіду Чехії щодо використання винаходів може вдосконалити правове регулювання відносин у даній сфері, та дасть змогу стимулювати розвиток винахідництва в Україні.

Ключові слова: використання винаходу, інтелектуальна власність, законодавство України, законодавство Чехії, вільне використання, примусове ліцензування.

Zinych L.V. Legal Regulation of the Usage of Inventions in the Legislations of Ukraine and the Czech Republic: Comparative Aspects

The article reviews legal characteristics of the usage of inventions according to the legislations of Ukraine and the Czech Republic. In this regard the author has analyzed such institutes of patent law as free usage and mandatory licensing of inventions, as well as identified common and different approaches in legal regulation. According to the conducted analysis it has been established that the patent laws of the countries in question provide patent owners with exclusive rights to use an invention on the territory of the country where the patent was received, through sale or import.

The legislation of the Czech Republic subdivides the usage of inventions into direct and indirect, which is justified, because it encompasses all essential cases of invention usage. In the sphere of free licensing the legislation provides a provision on the usage of an invention in the individual preparation of a medication at the drugstore, which is not regulated by Ukrainian legislation. The legislation of the Czech Republic also defines the procedure of making amendments to the mandatory license and its termination, if the patent owner can prove that the terms of the mandatory license have changed or such circumstances will never arise again.

It has been summarized that the level of inventions usage can be increased through complex and systematic norm-setting work of the state. The author believes that implementing the positive experience of the Czech Republic in regards to the usage of inventions can improve the legal regulation of relations in this sphere and will stimulate the innovation in Ukraine.

Keywords: invention usage, intellectual property, Ukrainian legislation, the legislation of the Czech Republic, free usage, mandatory licensing.

Кохановський В.О.

*аспірант кафедри
цивільного права Київського
національного університету
імені Тараса Шевченка*

Kokhanovskiy V. O.

*postgraduate student of the
Department of Civil Law Kiev
national Taras Shevchenko
university*

КЛАСИФІКАЦІЯ ЗАСОБІВ РОЗМІЩЕННЯ (ГОТЕЛІВ) У ТУРИСТИЧНІЙ СФЕРІ ТА ЇЇ ПРАВОВЕ ЗНАЧЕННЯ (ЦИВІЛЬНО- ПРАВОВИЙ АСПЕКТ)

УДК 347.453.3

Актуальність теми дослідження і постановка проблеми обумовлюються неухильним зростанням значення туризму і туристичної діяльності в усьому світі, а в умовах входження України у ринкове світове співтовариство надзвичайно актуалізувалися питання правового забезпечення розвитку цієї галузі. В літературі з цього приводу зазначається, що «..сучасна індустрія туризму є однією з найбільш високоприбуткових і динамічних галузей світового господарства. Туризм забезпечує близько 10 відсотків світового національного продукту. Туризм справляє вагомий вплив на такі ключові галузі господарств, як транспорт, зв'язок, торгівля, будівництво, сільське господарство, виробництво товарів народного споживання тощо, виступаючи каталізатором соціально-економічного розвитку...» [1, С.3].

Важливою складовою туристичного продукту є на сьогодні послуги готелів, їх матеріальна база, немайнові блага, які отримуються туристами під час проживання в них. На жаль в індустрії готельного бізнесу, яка сформувалась на світовому рівні ще у минулому столітті, дотепер не існує чіткої системи класифікації готелів, а звідси – і належного правового забезпечення їх діяльності залежно від виду і особливостей. Зазначене пояснює необхідність звернення до проблем класифікації засобів розміщення (готелів) у туристичній сфері, зокрема, до досвіду зарубіжних країн і формування власних висновків щодо значення такої класифікації для подальшого цивільно - правового регулювання відповідних вітчизняних відносин.

Зв'язок теми із важливими науковими і практичними завданнями. Тема статті пов'язана із дослідженнями у сфері цивільного права, які проводяться на державному рівні, НАПрН України і Київського націо-

нального університету, зокрема, відповідає бюджетній науково – дослідній роботі за темою «Теорія та практика адаптації законодавства України до законодавства ЄС» № 16 БФ 042 – 01, що запланована на період з 01 січня 2016 р. по 31 грудня 2018 р.

Аналізуючи останні дослідження і публікації, в яких започатковано розв’язання даної проблеми, слід, перш за все, згадати роботи відомих авторів, присвячені окремим проблемам цивільно – правового регулювання відносин у сфері туризму, серед яких: М.М.Агарков, М.О.Барінов, К.Г.Борисов, М.І.Брагінський, В.В.Вітрянський, Я.В.Вольвач, М.М.Гудима, Г.Дернбург, Г.М.Жарков, О.С.Іоффе, А.Ю.Кабалкін, Ю.Х.Калмиков, М.С.Кампоф, В.Ф.Кифяк, Е.Сохен, С.В.Максіменко, Д.І.Мейер, Ю.В.Мігущенко, Є.Л.Пісаревський, Л.І.Савенко, О.Ю.Серьогін, В.І.Сінайський, С.Л.Соловійов, Є.О.Суханов, Д.П.Стригунова, А.А.Телестакова, Я.Ф.Фартдтхутдинов, D.C.Frechtling, В.В.Чуднов, Р.В.Шабров, Г.Ф.Шершеневич, О.Штогрин, Є.Д.Шешенін, В.Ф.Яковлев та ряд інших.

На рівні вітчизняних дисертаційних досліджень, які використовувалися при написанні цієї роботи, слід відмітити роботи О.Ю. Серьогіна «Правове регулювання міжнародних туристичних відносин», спеціальність 12.00.03, 2002 р. (Київ); М.М. Гудими «Захист прав споживачів за договором про надання туристичних послуг», спеціальність 12.00.03, 2012 р. (Івано – Франківськ), Ю.Г.Коросташевець «Цивільно – правове регулювання надання готельних послуг», спеціальність 12.00.03, 2017 р. (Київ) та стаття Уляни Левкович «Види готелів та їх рівень комфорту надання послуг маркетологами для туристів в ринкових умовах» 2014 р. В роботі використані також дослідження проблем туризму і туристичного бізнесу спеціалістів різних галузей науки, які допомогли з’ясувати питання змісту ряду понять і загальної класифікації готелів.

Слід, між тим, відмітити, що залишається невирішеною низка теоретичних і практичних питань, які стосуються проблем поняття і класифікації (видів) засобів розміщення (готелів) в праві, зокрема, класифікації його видів з метою цивільно – правового врегулювання відносин у сфері туризму.

Мета і задачі дослідження. Мета даної статті полягає у виявленні комплексу теоретичних і практичних проблем, а також формуванні власних висновків і пропозицій щодо особливостей класифікації засобів розміщення (готелів) для подальшого цивільно – правового регулювання відносин у сфері туризму.

Для реалізації вказаної мети необхідно вирішити ряд задач: виявити основні передумови і закономірності виникнення і розвитку засобів

розміщення (готелів) туризму як особливого явища і як сфери регулювання правом; розкрити питання поділу засобів розміщення на види в історичному контексті та появи міжнародних актів та законодавства окремих країн щодо готельного бізнесу; розкрити особливості розвитку видів готелів в Україні і перспективи їх класифікації з метою подальшого ефективного регулювання туристичних відносин; виявити її правове значення.

Виклад основного матеріалу. Класифікація засобів розміщення у туристичній сфері зазвичай здійснюється згідно ряду критеріїв. При цьому метою класифікації передусім є визначення відповідності того чи іншого готелю і його номерів прийнятим на практиці стандартам, враховуються також порядок обслуговування та деякі інші фактори.

Будучи визначальними складовими туристичного продукту, які характеризуються подвійною природою – немайним змістом (саме розміщення у готелі, сприйняття його атмосфери тощо) у поєднанні із майновою «формою» втілення (готель як комплекс матеріальних складових), засоби розміщення впливають як на якість туристичних послуг, так і на загальне сприйняття туристом так званих «вільних ресурсів» - які пояснюються економістами як такі, які споживаються переважно безкоштовно [2, С.369]. Втім, це не позбавляє їх якості товару для задоволення туристичних потреб.

Основною характеристикою готелю є його категорія. Саме завдяки визначенню категорії встановлюються обсяг послуг, особливості управління, тарифи на головні і додаткові послуги і загалом ринкові позиції.

Спеціалісти із організацій готельного обслуговування вважають, що значна кількість готельних підприємств, регіональні й національні особливості підходів до класифікації зумовлюють систематизацію типів і характеристик закладів розміщення і звертають увагу на те, що критерії, за якими класифікують заклади розміщення і номери, утверджують і затверджують міжнародні і національні організації, що охоплюють державні організації, професійні союзи, туристичні підприємства [3, С.77].

Світовою практикою вироблено два підходи до питання про систему класифікації засобів розміщення – офіційний і професійний.

Перший підхід, характерний для таких країн як Франція, Італія, Греція та ряд інших, передбачає, що розробкою, здійсненням і контролем за відповідним рівнем якості і комфорту засобу розміщення займаються державні органи. Категорії, які присвоюються тому чи іншому засобу розміщення, офіційно фіксують. Зразу відмітимо, що такий підхід характерний і для України.

Другий підхід спирається на недержавні об'єднання і союзи у сфері гостинності, такі як Швейцарська і Австрійська готельні асоціації тощо.

Найважливішою підставою поділу на види і класифікації засобів розміщення слід визнати рівень комфорту, який включає у себе цілу низку характеристик, таких як стан самої будівлі, доступність транспортного сполучення, територію і її облаштування, стан номерного фонду і комунальних зручностей, наявність і рівень комфорту закладів харчування, інтер'єр, наявність приміщень для конференцій, ділових зустрічей, спорту, матеріально – технічне, інформаційне і рекламне забезпечення, рівень і якість додаткових послуг, якість обслуговування персоналу і його рівень підготовки тощо. Отже, рівень комфорту визначається або за так би мовити кількісною характеристикою матеріально – технічної бази готелю, або власне за якісними показниками. Таким чином, наприклад, національні системи класифікації готелів умовно утворюють такі групи: європейська система і індійська. Остання орієнтована на бальну оцінку і характерна для країн, які розвиваються. Водночас європейська система бере свій початок із французької національної системи і нині притаманна більшості розвинених держав.

З урахуванням наведених систем можна визначити більше тридцяти варіантів класифікації засобів розміщення, серед яких: європейська система «зірок», літер (наприклад, грецька - А,В,С), корон або ключів (характерно для Великобританії), індійська система балів, система розрядів тощо. При цьому навіть між готелями однієї категорії можуть бути значні відмінності. Для найбільш якісних і комфортних готелів класифікація практично не може бути застосована через надзвичайно високий рівень обслуговування.

Не можна не згадати також, що у таких країнах як Австрія, Китай, Швеція категоризація здійснюється на добровільних засадах, а в Ізраїлі і Фінляндія взагалі відсутні національні системи класифікації готелів, що ускладнює узагальнення у цьому питанні і породжує дискусії як у туристичній сфері, так і у правових питаннях.

За рівнем, вартістю та асортиментом послуг готельні підприємства поділяються на типи: дешеві готелі з обмеженим сервісом і готелі «люкс», наприклад, флайтелі; за режимом експлуатації – на цілодобові, сезонні та змішаної дії; за місцем розташування – готелі, розміщені в місті і за містом, придорожні (мотелі) і готелі на воді (ботелі); флотелі (великі готелі на воді), аквателі і шале тощо; за кількістю спальних місць – малі (менше 100 місць); середні (від 100 до 500 місць; великі (понад 500 місць). До-

кладно перераховуються також усі можливі види готелів у літературі [4, С.166 – 171; 5].

Можна також виокремити кілька основних типів готелів: готель «люкс»; готель високого класу; готелі середнього рівня; апарт – готелі; економ класу; мотель; курортний готель; типу кондомініуму тощо [3, С. 181 - 182].

Згідно досліджень, проведених у 2004 році Всесвітньою туристичною організацією (ВТО) та Міжнародної готельної асоціацією, офіційна система класифікації готелів на цей час була прийнята у 83 країнах світу. При цьому у 23 країнах вона поширювалась на мотелі, пансіонати і апартготелі, у 20 державах була пов'язана із встановленням тарифів для певних категорій готелів. Національна туристична адміністрація разом із органом місцевого самоврядування здійснювала класифікацію готелів у 49 країнах світу, а професійні готельні організації – у 48 країнах. Обов'язковою вимога класифікації засобів розміщення була у 46 країнах, отримання відповідної ліцензії – у 55 країнах, а 32 країни не висували вимог до будь – якої офіційної класифікації [Цитовано за 2, С.80, 300 - 301].

Найбільші туроператори, які мають доступ до значних обсягів засобів розміщення в багатьох країнах, використовують усі перераховані системи класифікації, а також власну. Готельні корпорації розробляють зазвичай власну класифікацію згідно із маркою свого продукту.

Не зупиняючись у статті на тривалому процесі надання, доповнення, відхилення тощо пропозицій щодо створення єдиної міжнародної класифікації готелів і намаганнях надати цьому процесу правове забезпечення з огляду на запропоновані обсяги, зазначимо лише, що подібні спроби робилися, починаючи із 1952 року і продовжуються донині, коли актуальним стало електронне резервування готелів.

У 2003 році в Україні були прийняті стандарти, згідно яких суб'єкти готельного бізнесу регулюють свою діяльність. Це, зокрема, стандарт «Послуги туристичні. Класифікація готелів» [6] і стандарт «Послуги туристичні. Засоби розміщування. Загальні вимоги» [7]. Із цього можна зробити висновок, що в нашій країні класифікація присутня на рівні виділення готелів та інших засобів розміщення. Причому до останніх застосовуються лише загальні вимоги.

У відповідності із п.4.1 стандарту «Послуги туристичні. Класифікація готелів» класифікація готелів та аналогічних засобів розміщення за категоріями здійснюють згідно із загальною характеристикою готелю, яку визначають комплексом вимог до матеріально – технічної оснащеності, переліку надаваних послуг, кваліфікації персоналу, готелі класи-

фікують за п'ятьма категоріями і позначають зірками від однієї до п'яти (п.4.2). Кількість зірок збільшується з підвищенням рівня обслуговування. Згідно п. 4.1 стандарту «Послуги туристичні. Засоби розміщування. Загальні вимоги» засоби розміщування поділяють на колективні та індивідуальні. У тексті стандарту надається детальний перелік і тих, і інших. Так, до перших належать готелі і аналогічні їм засоби розміщення, до других – кімнати, орендовані у сімейних будинках, житло, орендоване в приватних осіб або через агентства, а також неосновне особисте житло, надане безоплатно родичам та знайомим. Втім, категоризація або присвоєння зірок згідно держаних стандартів не є обов'язковими, йдеться про обов'язковість сертифікації щодо питань безпеки.

Кількість сертифікованих готелів збільшилась після прийняття нової редакції Закону України «Про туризм» [8], що позначилось і на їх якості, оскільки сьогодні тур фірми за умовами законодавства мають право працювати лише із сертифікованими засобами розміщення.

Існує також міжнародна класифікація готельних номерів, яка здійснюється згідно ряду основних критеріїв.

Висновки. Підводячи підсумки, слід зазначити, що класифікація готелів та інших засобів розміщення важлива для правового регулювання відносин, що виникають між організаціями, що пропонують туристичний продукт і туристами, а також між туроператорами, турагентами і самими засобами розміщення. Передбачаємо, що значний вплив така класифікація може мати і на відповідні зобов'язальні відносини.

Спроби створити єдину міжнародну класифікацію готелів і надати цьому процесу правове забезпечення робилися, починаючи із 1952 року і продовжуються донині, коли актуальним стало електронне резервування готелів.

У 2003 році в Україні були прийняті стандарти, згідно яких суб'єкти готельного бізнесу регулюють свою діяльність: «Послуги туристичні. Класифікація готелів» і «Послуги туристичні. Засоби розміщування. Загальні вимоги» [7]. З цього часу в нашій країні класифікація присутня на рівні виділення готелів та інших засобів розміщення, причому до останніх застосовуються лише загальні вимоги.

Будучи однією із визначальних складових туристичного продукту, які характеризуються подвійною природою – немайновим змістом (саме розміщення у готелі, сприйняття його атмосфери тощо) у поєднанні із майновою «формою» втілення (готель як комплекс матеріальних складових), засоби розміщення впливають як на якість туристичних послуг, так і на

загальне сприйняття туристом так званих «вільних ресурсів». Втім, це не позбавляє їх якості товару для задоволення туристичних потреб.

1. *Encyclopedic Dictionary-Tourist Guide. Contributing authors: V.A. Smolij, V.K. Fedorchenko V.I. Cibuh / Foreword V.M. Lytvyn - K.: Publishing House «Word», 2006 - 372 p.*
2. *Malskaya M.P., Antonyuk N.V., Hanich N.M. International Tourism and Services: Tutorial. - K.: Knowledge, 2008. – 661 p.*
3. *Organization of hotel service: a textbook / M.P.Malsk, I.G.Pandyak, Yu.S. Zanko. - K.: Knowledge, 2011. – 366 p.*
4. *Uliana Levkovich Types of hotels and their level of comfort for providing marketers with market services for tourists in the market conditions // Youth and Market # 4 (111), 2014.*
5. *Korostashivets Y.G. Civil law regulation of hotel services. Dissertation disser-tationkand. jur Sciences in specialty 12.00.03, Kyiv, 2017 - 21 p.*
6. *DSTU 4269: 2003. National Standard of Ukraine. Touristic services. Classification of hotels as of 01.07.2004. Legislative base of DNAOP. Official site. // Electronic resource. Access code: http://dnaop.com/html/29982/doc-%D0%94%D0%A1%D0%A2%D0%A3_4269_2003.*
7. *DSTU 4268: 2003. National standard of Ukraine. Touristic services. Means of placement as of 01.07.2004 // Electronic resource. Access code: <http://dbn.at.ua/load/normativy/dsta/5-1-0-941>.*
8. *About tourism. Law of Ukraine dated 15.09. 1995 № 324/95 - BP // Bulletin of the Verkhovna Rada of Ukraine (BPD), 1995, No. 31, St.241. Electronic re-source. Access code: <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/324/95-%D0%B2%D1%80>.*

Кохановський В. О. Класифікація засобів розміщення (готелів) у туристичній сфері та її правове значення (цивільно-правовий аспект).

Стаття присвячена аналізу поняття, видів і класифікації засобів розміщення (готелів) та її правовому значенню. Наводяться підстави і приклади класифікації готелів та інших засобів розміщення у практиці різних країн, досліджуються міжнародні акти і законодавство, в яких закріплено поділ готелів на види. Автор приходить до висновку, що класифікація готелів та інших засобів розміщення важлива для правового регулювання відносин, що виникають між організаціями, які пропонують туристичний продукт і туристами, а також між туроператорами, турагентами і самими засобами розміщення. В статті підкреслюється, що як визначальна складова туристичного продукту, яка характеризується подвійною природою – немайновим змістом (саме розміщення у готелі, сприйняття його атмосфери тощо) у поєднанні із майновою «формою» втілення (готель як комплекс матеріальних складових), засоби розміщення впливають як на якість туристичних послуг, так і на загальне сприйняття туристом так званих «вільних

ресурсів», що не позбавляє їх якості товару для задоволення туристичних потреб.

Ключові слова: туризм, туристична сфера, класифікація засобів розміщення (готелів), правове значення класифікації, цивільно – правові аспекти.

Kokhanovskiy V. O. Classification of accommodation facilities (hotels) in the tourism sector and its legal meaning (civil legal aspect)

The paper deals with the concept, types and classification of accommodation facilities (hotels) and its legal meaning. The bases and examples of the classification of hotels and other accommodation facilities in the practice of different countries are given, international acts and legislation are investigated, in which the division of hotels into species is fixed. The author concludes that the classification of hotels and other accommodation facilities is important for the legal regulation of relations between organizations offering tourist products and tourists, as well as between tour operators, travel agents and accommodation facilities themselves. The article emphasizes that as a defining component of a tourist product characterized by a double nature - non-property content (namely, accommodation in the hotel, perception of its atmosphere, etc.), in combination with the property «form» of embodiment (the hotel as a complex of material components), the means of accommodation affect both the quality of travel services, and the general perception of the tourist so-called «free resources», which does not deprive them of the quality of goods to meet the tourist needs.

Keywords: tourism, tourism sphere, classification of accommodation facilities (hotels), legal value of classification, civil - legal aspects.

Мазаракі Н. А.

кандидат юридичних наук, доцент кафедри міжнародного приватного, цивільного та комерційного права Київського національного торговельно-економічного університету

Mazaraki N. A.

PhD in Law, associate professor of International private, civil and commercial law department, Kyiv National University of Trade and Economics

ПЕРСПЕКТИВИ ЗАПРОВАДЖЕННЯ АЛЬТЕРНАТИВНИХ МЕТОДІВ ВИРІШЕННЯ ІНВЕСТИЦІЙНИХ СПОРІВ

Наявність неупередженого, професійного та швидкого механізму вирішення інвестиційних спорів залишається одним із чинників інвестиційної привабливості України. Водночас, поточна ситуація в цій сфері є несприятливою для іноземних інвесторів, які відчують невпевненість у можливості захисту своїх прав та інтересів у вітчизняних судах. Вказане знижує інвестиційну привабливість України, про що свідчать відповідні рейтинги.

Використання міжнародних інструментів захисту прав інвесторів, згідно із міжнародними угодами України про заохочення та взаємний захист інвестицій, також не позбавлено недоліків. Наведене підвищує актуальність розвитку альтернативних методів вирішення інвестиційних спорів, у тому числі, медіації. Про це свідчить також і світова практика, зокрема, діяльність Європейської Комісії (запровадження медіації для вирішення інвестиційних спорів на внутрішньому ринку), міжнародних організацій (Енергетичної Хартії, Комісії ООН з міжнародного права, Міжнародної асоціації юристів). Положення про застосування альтернативних методів вирішення спорів включені й до Угоди про Асоціацію між Україною та Європейським Союзом.

Проект Закону України “Про медіацію” прийнятий лише в першому читанні, тому наукова дискусія щодо механізмів запровадження цього виду вирішення спорів, вивчення можливостей та механізмів використання медіації при вирішенні інвестиційних спорів в Україні, є надзвичайно актуальним.

Сутності та видам інвестиційних спорів присвячено роботи таких вітчизняних науковців, як І. Злакомана, О. Вінник, Н. Рубінс, К. Шроер, Н.

Сорнарайх, А.Н. Попкова, І.З. Фархутдінова. Теоретичні та практичні аспекти запровадження медіації в Україні висвітлювалися Л.Романадзе, В.Яковлевим, О.Хрімлі, Д.Проценко та іншими. Водночас, саме особливості застосування медіації при вирішенні інвестиційних спорів не приділено достатньо уваги.

Поняття інвестиційного спору було запроваджено Конвенцією «Про порядок вирішення інвестиційних спорів між державами та іноземними особами», прийнятої у Вашингтоні 18.05.1965 р. [1], яку Україна підписала 3 квітня 1998 р. і Законом України № 1543-III від 16 березня 2000 р. ратифікувала без будь-яких застережень [2].

Відповідно до ст. 25 цієї конвенції до категорії інвестиційних належать спори, що виникають у зв'язку з прямими іноземними інвестиціями між договірною державою і особами інших договірних держав, а саме:

а) інвестиційні спори, які виникають із відносин, пов'язаних з іноземними інвестиціями;

б) спори, що виникають між договірною державою і іноземним приватним інвестором;

в) правові спори, що стосуються сутності й обсягу юридичних прав і обов'язків сторін, умов і розмірів компенсації за порушення зобов'язань за даним інвестиційним контрактом [1].

Ст. 26 Закону України «Про режим іноземних інвестицій» передбачає, що спори між іноземними інвесторами і державою з питань державного регулювання іноземних інвестицій та діяльності підприємств з іноземними інвестиціями підлягають розгляду в судах України, якщо інше не визначено міжнародними договорами України [3].

Судової статистики щодо розгляду господарськими судами інвестиційних спорів не публікується, водночас, за словами заступника голови Вищого господарського суду України Г. Кравчука, у 2015 році найбільша кількість спорів за участю іноземних інвесторів (підприємств з іноземними інвестиціями) розглядалася господарським судом міста Києва та господарським судом Миколаївської області. Предметом розгляду спорів, що розглядалися господарськими судами за участю іноземних інвесторів, найчастіше були:

- стягнення заборгованості за продукцію, товари, послуги;
- розірвання та визнання недійсними договорів підряду, оренди, купівлі-продажу тощо;
- захист права власності;
- визнанням недійсними рішень загальних зборів товариств та інші спори з корпоративних відносин;

- визнання недійсними рішень АМК України;
- землекористування;
- банківська діяльність;
- захист інтелектуальної власності тощо [4].

До відомих недоліків функціонування вітчизняної судової системи, від яких залежить якість та швидкість вирішення інвестиційних спорів, слід віднести і неефективне та повільне виконання судових рішень. Виконавча служба, відмовляючи у виконанні відповідного рішення в більшості випадків, вказує на формальні підстави: неправильно оформлені виконавчі документи, відсутність апостиля, неправильно оформлену довіреність на представлення інтересів, та інші формальні помилки, які можуть припускати представники інвестора.

Розгляд інвестиційних спорів у міжнародному арбітражі, зокрема, також не позбавлений негативних аспектів. В першу чергу, це стосується грошових та часових витрат, браку конфіденційності тощо. Міжнародний центр з врегулювання інвестиційних спорів крім арбітражу, примирювальної процедури та експертизи також пропонує медіацію як альтернативний метод вирішення інвестиційних спорів [5].

Вказані недоліки судової та арбітражної форм вирішення інвестиційних спорів призводять до спроб застосування альтернативних методів вирішення спорів, як і з боку міжнародних організацій, так і окремих держав.

В Україні також були спроби знайти нові шляхи та механізми вирішення інвестиційних спорів, але успішними вони не були. Так, у 2004 році Кабінетом міністрів України було створено Комісію із сприяння досудовому врегулюванню спорів між інвесторами та органами виконавчої влади (але вже через рік вона була ліквідована) [6].

Відомі також намагання місцевої влади створити механізми вирішення інвестиційних спорів. Зокрема, Розпорядженням Київської міської державної адміністрації №1980 від 24 жовтня 2003 року, було створено Комісію з досудового врегулювання спорів, що виникли між інвесторами, органами місцевого самоврядування та їх структурними підрозділами у місті Києві [7]. При Вінницькій обласній державній адміністрації була створена Комісія із сприяння досудовому врегулюванню спорів між інвесторами та органами виконавчої влади і місцевого самоврядування [8].

Але до складу цих комісій входили посадові особи виконавчих органів влади, які навряд чи мали спеціальні знання, досвід та зацікавленість у вирішенні інвестиційного спору.

З метою підвищення рівня професійності у розгляді інвестиційних спорів лунали пропозиції щодо створення спеціальної палати при Вищому господарському суді, яка займатиметься виключно спорами, де однією із сторін виступатиме суб'єкт інвестиційної діяльності. Але така ідея також має багато недоліків та спірних моментів і тому залишається нереалізованою.

Вищевказане дає змогу стверджувати, що Україні слід вивчати іноземну практику альтернативних методів вирішення інвестиційних спорів, у першу чергу, медіації. Саме виважене та законодавчо підкріплене впровадження медіації в інвестиційні правовідносини може стати одним із чинників створення прогнозованого, стабільного та зрозумілого інвестиційного клімату.

Міжнародна асоціація юристів (International Bar Association) у 2012 році затвердила «Правила медіації між інвесторами та державами», які передбачають загальні вимоги та умови проведення медіацій в інвестиційних спорах. Зокрема, правилами передбачається незалежність та неупередженість медіатора, порядок затвердження сторонами кандидатури медіатора (медіаторів). Правила також визначають етапи проведення медіації, забезпечення конфіденційності та приватності процесу медіації, покриття витрат на медіацію [9].

Водночас, досвід та кваліфікація медіатора в інвестиційних спорах стає на перший план. Саме тому Міжнародним інститутом медіації були розроблені критерії компетентності медіаторів в інвестиційних спорах та створюється реєстр медіаторів, які відповідають таким критеріям [10].

Аналогічним чином Енергетична Хартія також формує групу медіаторів «з високими моральними якостями та визнаної компетентності у сфері енергетичних переговорів» для проведення медіацій у рамках процедури вирішення спорів Енергетичної Хартії. У липні 2016 року Конференція Енергетичної Хартії затвердила Керівництво з медіації в інвестиційних спорах (the Guide on Investment Mediation). Цей документ пояснює процес медіації і межі її можливого застосування в сфері інвестиційних відносин. З огляду на впливовість Секретаріату Енергетичної Хартії ця ініціатива є доволі знаковою, адже уряди держав та інвестори мають звернути увагу на можливості застосування медіації при виникненні інвестиційних спорів [11].

Міжнародний центр з вирішення інвестиційних спорів також розпочав роботу із впровадження медіації, навчання медіаторів та проведення спеціалізованих конференцій.

Комісія ООН з права міжнародної торгівлі продовжує роботу над розробкою Конвенції про виконання міжнародних комерційних мирових угод. Вказаний документ повинен урівняти правовий статус арбітражних рішень та мирових угод, що підвищить зацікавленість сторін інвестиційних спорів у медіації [12].

Також слід зазначити, що вирішення інвестиційних спорів у порядку медіації вже включається в положення міжнародних економічних договорів. Наприклад, нещодавно ратифікована Угода між Канадою та ЄС про створення всеосяжної зони вільної торгівлі також містить положення про медіацію.

Більше того, Європейська Комісія планує створити механізм поза-арбітражного вирішення інвестиційних спорів. На думку Єврокомісії, застосування положень двосторонніх угод в сфері інвестицій між державами-членами ЄС та Договору до Енергетичної Хартії, які передбачають виключно арбітражний порядок вирішення спорів, не відповідають праву ЄС. Зокрема, такі арбітражні рішення не підлягають перегляду національними судами та Судом правосуддя ЄС.

Так, у 2017 році Єврокомісія проводить громадські консультації щодо можливих механізмів запровадження медіації для вирішення інвестиційних спорів при цьому не позбавляючи інвесторів права захищати свої інтереси у судовому порядку. Таке обговорення крім формування найбільш прийняттого механізму мирного вирішення інвестиційних спорів повинно привернути увагу всіх учасників інвестиційних відносин до можливостей медіації.

Зокрема, на обговорення винесені такі варіанти запровадження альтернативних методів вирішення інвестиційних спорів: 1) створення мережі національних контактних пунктів в органах влади держав-членів ЄС; 2) створення наднаціональної правової основи медіації інвестиційних спорів (вимоги до медіаторів, визначення видів спорів, до яких може застосовуватися медіація, виконання медіаційних угод, права третіх осіб, співвідношення медіації та судового розгляду); 3) створення постійно діючих медіаційних агентств у кожній державі-члені ЄС, які будуть виконувати адміністративні функції у сфері медіації (наприклад, ведення реєстру медіаторів); 4) створення медіаційного агентства на рівні ЄС [13].

Звісно, незважаючи на роботу з поширення альтернативних методів вирішення інвестиційних спорів з боку міжнародних організацій, навряд чи можна говорити, що медіація буде значно переважати арбітражний розгляд. І насамперед, через чинник обов'язковості виконання медіативних угод (наприклад, порівняно з механізмом, передбаченим Конвенцією

«Про порядок вирішення інвестиційних спорів між державами та іноземними особами»). Водночас, застосування гібридних механізмів вирішення інвестиційних спорів, де поєднується медіація та арбітраж, може покращити якість та ефективність вирішення спорів, поступово підвищувати довіру до медіації. Європейський досвід запровадження медіації в інвестиційних спорах є корисним для України як і з теоретичної точки зору у рамках формування власних механізмів альтернативних методів вирішення інвестиційних спорів, так і в практичних аспектах забезпечення прав українських інвесторів в державах-членах ЄС.

1. *Convention on the settlement of investment disputes between States and nationals of other States. 18.05.1965. Retrieved from: http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/995_060.*
2. *On Ratification of Convention on the settlement of investment disputes between States and nationals of other States: Law of Ukraine on March 16, 2000 № 1547-III. Retrieved from: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/1547-14>*
3. *On the Regime of Foreign Investments Law of Ukraine on March 19, 1996 № 93/96-ВР. Retrieved from: <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/93/96-вр>*
4. *Zheltukhin, E. (2015). Foreign capital comes to the states where proper conditions for its functioning and protection, also by court means, exist. Yur-gazeta.com. Retrieved October 25, 2017, from <http://yur-gazeta.com/interview/inozemniy-kapital-prihodit-u-ti-krayini-de-e-umovi-dlya-yogo-efektivnogo-funkcionuvannya-ta-zahistu-.html>*
5. *Other Alternative Dispute Resolution Mechanisms // . (n.d.). Retrieved October 25, 2017, from <https://icsid.worldbank.org/en/Pages/process/Other-ADR-Mechanisms.aspx>*
6. *On formation of the Commission on pre-trial dispute resolution between investors and state authorities: Decree of the Cabinet of Ministers of Ukraine, 14.04.2004, №500. – Retrieved from% <http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/500-2004-n>*
7. *On formation of the Commission on pre-trial dispute resolution between investors, local authorities and their structural departments in the city of Kyiv Decree of Kyiv City State Administration, 24.10.2003, №1980 – Retrieved from: <http://www.kreschatic.kiev.ua/ua/4848/doc/20090.html>*
8. *On formation at the Vinnytsia Regional State Administration the commission on pre-trial dispute resolution between investors and state and local authorities, 01.08.2005, №302 - Retrieved from: <http://consultant.parus.ua/?doc=03TTP2DB81>*

9. *IBA Rules for Investor-State Mediation* – Retrieved from: <https://www.ibanet.org/Document/Default.aspx?DocumentUid=C74CE2C9-7E9E-4BCA-8988-2A4DF573192C>
10. *IMI Competency Criteria for Investor-State Mediators [PDF]*. (2016, September 19). London: IMI. – Retrieved from: www.imimediation.org/.../investor-state-mediation.../investor-state-mediation-competite.
11. *The Guide on Investment Mediation*. Retrieved from: <http://www.energycharter.org/fileadmin/DocumentsMedia/CCDECS/2016/CCDEC201612.pdf>
12. *Working Group II of UNCITRAL*. Retrieved October 25, 2017, from http://www.uncitral.org/uncitral/en/commission/working_groups/2Arbitration.html
13. *CONSULTATION DOCUMENT Prevention and amicable resolution of disputes between investors and public authorities within the single market*. Retrieved from: https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/2017-investment-protection-mediation-consultation-document_en_1.pdf

Мазаракі Н. А. Перспективи запровадження альтернативних методів вирішення інвестиційних спорів

Запровадження ефективної системи вирішення інвестиційних спорів є запорукою сприятливого інвестиційного клімату та економічного зростання держави. Методи арбітражного розгляду, передбачені багатосторонніми та двосторонніми міжнародно-правовими актами у сфері інвестицій, мають низку недоліків, які спонукають до пошуку альтернативних методів вирішення спорів, можливостей використання медіації. У дослідженні проаналізовано основні напрямки діяльності міжнародних організацій та ЄС з розробки правового поля із вирішення інвестиційних спорів за допомогою медіації: розробка критеріїв професійності медіаторів, реєстрів медіаторів, інституційної мережі медіаційних агенств. Зроблено висновок, про можливість використання таких напрацювань в українському законодавстві та щодо тенденцій розвитку механізмів вирішення інвестиційних спорів.

Ключові слова: інвестиційний спір, медіація, альтернативні методи вирішення спорів.

Mazaraki N. A. Perspectives of alternative methods of investment dispute resolution

Effective system of investment dispute resolution is the basis of incentive investment climate and economic development of a state. Arbitration as a binding dispute settlement mechanism provided by multilateral and bilateral investment treaties has a number of deficiencies and that leads to the search for alternative dispute resolution methods, mediation as the main one. The article analyses the activities of international organisations and the EU in the field of providing legal environment for mediation as the method of investment disputes resolution: evaluating criteria for

Мазаракі Н.А.

mediators, mediators' registers, creating institutional network of mediation agencies. The author concludes that results of such activities could be used in amending ukrainian legislation and on the tendencies in the sphere of investment dispute resolution

Keywords: investment dispute, mediation, alternative dispute resolution.

Mészáros P.

*PhD in Law, lecturer of
Civil and Commercial Law
Department, Faculty of Law,
Trnava University in Trnava,
Slovakia*

Месарош П.

*кандидат юридичних наук,
викладач кафедри цивільного
та комерційного права
юридичного факультету,
Трнавського університету,
Словаччина*

THE PRINCIPLE OF THE LEGITIMATE EXPECTATIONS

1 Origin of the principle of the legitimate expectations¹

1.1 “Higher” sphere

It is generally accepted that the principle of legitimate expectations is a partial “sub section“ of the legal certainty as a constitutional² tenet. “A well-

1 Príspevok bol vypracovaný v rámci grantového projektu APVV č. 14-0061 „Rozširovanie sociálnej funkcie slovenského súkromného práva pri uplatňovaní zásad európskeho práva“.

2 „... principle of the legitimate expectations protection is tightly attached to the principles of the rule of law and arises from the Constitution – Article 1, section 1. The Constitutional Court consider to be necessarily stated that according to the conclusion of the social philosophy, when the limits of legitimate expectations given by law are uncertain, freedom is uncertain as well.“ Constitutional Court of the Czech Republic, file reference IV ÚS 167/05.

„The Constitutional Court as a guardian of law and order is obliged to respect the rule of law, where the protection of legal certainty, protection of legally acquired rights and legitimate expectations are guaranteed ...“ Constitutional Court of Slovakia file reference PL. ÚS 12/05.

„The first root – the principle of the protection of acquired rights – was recognised for the first time by the courts in a judgment of the Central Appeals Court for the Civil Service and Social Security Matters (CRvB) of October 31, 1935. In this case the salary of civil servants, including that of the town clerk of the municipality of Utrecht, was substantially reduced in March 1935, with retroactive effect to April 1934, in accordance with the statutory regulations in force at that time. This meant that the civil servant concerned was required to pay back a sizeable part of the salary that had already been paid to him in the previous year. The town clerk objected to this and appealed to the Central Appeals Court on the ground that the statutory regulation on the basis of which the salaries had been cut down was contrary to the law. The Central Appeals Court held that the town clerk was in the right and ruled that the salary reduction was contrary to the principle of legal certainty. According to the Central

known example in this connection is the classification by Nicolaï, who regards the fundamental principle of legal certainty as the basic concept for law as such and from which three principles can be derived for constitutional and administrative law, namely: (a) the principle of substantive legal certainty which requires the executive to respect acquired rights; this principle imposes limits above all on the retroactive effect of regulations and the withdrawal of decisions; (b) the principle of procedural legal certainty which requires that decisions must be clear and definite; (c) the principle of legitimate expectations which requires that executive bodies fulfil legitimate expectations wherever possible; this principle is of particular relevance to the expectations created by promises and policy rules.” [1]

1. 2 Public or private or ...

When trying to determine the area of origin of the institute of legitimate expectations, mostly the public (especially administrative) law comes into account¹. At least on national² level of Slovak legal environment acknowledged

Appeals Court, this principle had the effect in this case of preventing the exercise of a power in respect of a civil servant which amounted to “a regulation that related to the period during which he had received his annual salary in accordance with the valid provisions and that would bring about a retrospective change in those regulations which would affect him adversely”. Since the regulation undermined the acquired rights of the civil servant, it was therefore judged to be unlawful. As this regulation lacked legal effect owing to its infringement of the principle of legal certainty, the decision to reduce the salary was quashed.“ in Berge, Gio ten; Widdershoven, R.J.G.M. (1998) Netherlands reports to the fifteenth international congress of comparative law / Rapports néerlandais pour le quinzième congrès international de droit comparé, pp. 421 - 452 (Conference report), pp. 425-426.

1 According to the views shared on specialized forum <http://www.lexforum.sk/446>: Klinka, T. „... in my personal point of view, the constitutional (!) doctrine of legitimate expectations as created by ECHR can be applied only in the field of public law and its aim is to protect the individuals from the authority arbitrariness ...“ & Novotný, M.: „ ... i agree that there are no legitimate expectations in private law relations.“

2 Not only in Slovakia, also the legal doctrine from other states advocates this belief, e. g.: „The article examines the nature of the interest protected by the administrative law doctrine of legitimate expectations. It suggests that the independent development of administrative law in this context should be considered in light of the distinction between the reliance and expectation interests established in private law. It does not argue, however, that the protection of reliance and expectations in administrative law should overlap their protection in private law, since the relevant considerations in these two contexts are not identical.“ in Barak-Erez, D.: The Doctrine of Legitimate Expectations and the Distinction between the Reliance and Expectation

by the author, as well as some resources from abroad: “As is well known, the protection of legitimate expectations has gradually become a central principle of administrative law” [2].

On the other hand “The basic concept that it must be possible to rely on the statements of the counterparty in legal matters applies not only in constitutional and administrative law but also in other fields of law, notably criminal law and private law”[3]¹.

What is more, the root of subject principle can be found in private law (at least according to legal doctrine in the Netherlands): “Indeed, the principle of legitimate expectations in the Netherlands can probably be traced back the furthest in private law: for example the decisive factor in the conclusion of a legal act in private law and the determination of the content of such an act has long been not only the will of the parties but also the legitimate expectations created by this act” [1, p. 425].

1. 3 Administrative, proprietary ...

Another scope of subject principle can be seen under the light of protected interest.

In judicial practise (probably first of its kind in area of former Czechoslovakia on basis of internal research), legally puristic inexact approach occurred [4]: legitimate expectations were related not only to proprietary rights (as a well-known attitude), but to

- (i) property rights in wider conception and different from proprietary;
- (ii) protection of the administrative body procedure in accordance to legal order that can be trust by the party and their actions followed the procedural proceeding with confidence;
- (iii) the party can reasonable expects that the judicial decision will be enforceable;
- (iv) when any information is provided by the administrative body within its scope of power, such information can be considered credible.

“... different forms of legitimate expectations are mentioned in this decision of Constitutional Court. On one hand it is the legitimate expectation in accordance to pro-proprietary rights protection - in wider sense of property,

Interests. European Public Law, Volume 11, Issue 4. Kluwer Law International, 2005. p. 583. online <http://www.tau.ac.il/law/barakerez/articals/legitimate.pdf> .

1 According to the private law and criminal law consultative reports of J.B.M. Franken and J. de Hullu on the principle of legitimate expectations and legal certainty in the Netherlands prepared for the Association for the Comparative Study of Law in Belgium and the Netherlands, Deventer 1997. online <https://dspace.library.uu.nl/handle/1874/43885> .

on the other hand it is the legitimate expectation as a main principle of the administrative law – at some point considered to be an integral part of good administration. In the second mentioned approach, it is a typical vertical relation between the administrative body and the recipient of the legal regulation which occurs when the administrative body creates certain situation that is determinant for acting of a concrete party who believes in the rightness of administration procedure without considering the possibility of failing this trust.” [5]

Cited approach of the Constitutional Court of the Czech Republic has been developed in subsequent cases.

Different interpretation of legitimate expectation has been developed in judicial practise as well:

(i) foreseeability of legal regulation that is certain and consistent^{1 2} that relates to the law-making process. “The principle of legitimate expectations

1 e. g. Constitutional Court of Slovakia file reference I. ÚS 287/04.

2 “The second root of the principle of legitimate expectations is the principle of consistency, which is derived from the American and English legal tradition. This principle was first applied in the judgments of the Food Supply Arbitration Tribunal (Scheidsgerecht voor de Voedselvoorziening), although this tribunal did not actually give the principle a name. A feature of the type of cases heard by the Arbitration Tribunal was the large measure of discretion conferred to by the competent administrative bodies: there were few if any statutory rules governing the taking of decisions in connection with the food supply. As it was necessary to observe a certain consistency in the application of these discretionary powers and as there had to be a degree of predictability about the decisions to be taken, the administrative authorities concerned adopted what were known as “policy rules”, regulating the exercise of the powers in practice. These rules indicated how they would use their discretion in a specific situation. The case law of the Arbitration Tribunal shows that the adoption of policy rules was not an activity undertaken without engagement. The Tribunal took the view that the expectations created in the mind of the individual by the policy rules should in principle be fulfilled. If this were not the case, the decision was quashed as being contrary to the principle of legitimate expectations ... The meaning of the consistency principle has now been expanded to such an extent that administrative authorities are in principle not only obliged to fulfil the legitimate expectations created by policy rules, but may also even have a legal duty to adopt policy rules governing the exercise of their discretionary powers. In this respect the consistency principle has evolved as a necessary concomitant to the principle of legality.” in Berge, Gio ten; Widdershoven, R.J.G.M. (1998) Netherlands reports to the fifteenth international congress of comparative law / Rapports néerlandais pour le quinzième congrès international de droit comparé, pp. 421 - 452 (Conference report), pp. 426-427.

as it is currently interpreted in constitutional and administrative law has two roots historically, namely the principle of the protection of acquired rights and the principle of consistency. The constituent requirements for fulfilment of the principle of legitimate expectations in the case of the various executive acts can be traced back to these two roots.”[1, p. 425];

(ii) judicial decisions need to be consistent in legally similar cases [6]. This interpretation has become an integral part of legal order – Act no. 160/2015 Coll. on Civil Procedure as amended¹, however the concept of “long-term judicial practise” is used in connection and it is marked as a legal certainty („Legitimate expectation belongs under the principle of legal certainty“ [7]).

2. Legitimate expectations in context of private law

As stated before, the protection of individual right within horizontal legal relations is perceived by legal doctrine as “problematic”.

Preferred interpretation for applying the principle of legitimate expectations is given to vertical relations, mainly in public – administrative and procedural law.

Albeit different stance can be found in judicial practise. E. g. in case of:

- contractual obligation [8]
- right to inherit [9]
- right to salary [10]

the Constitutional Court applied the principle of legitimate expectation within the horizontal substantive relations, within the scope of property rights.

Mentioned opinion of Constitutional Court was examined by legal doctrine and the result was that it was not appropriate: “Involving the principle of legitimate expectations into property legal disputes is in contrary to origin concept of this institute and the way that European bodies use it” [5].

2. 1 Contractual obligation

“In civil law, the position of the principle of ‘legitimate expectations’ is more ambiguous. ‘Legitimate expectations’ are not aimed at public bodies but at all conceivable subjects of the law (contractual partners, tortfeasors, shareholders, family members, etc). It does not relate primarily to law (in the objective meaning) and its practical implementation, but to (subjective) rights and obligations. Moreover, the rule is basically reciprocal, so not only the legitimate expectations of one party, but those of both of them must be taken into account in order to evaluate respective legal consequences.” [11]

Legal doctrine in Slovakia [12] and the Czech Republic [13] operates with legitimate expectations as an instrument connected to contractual obligation, mainly in accordance to violation of obligation.

1 Article 2, Section 220 par. 2, Section 393 par. 2,

According to our point of view, it is reasonable to utilize subject institute also in contractual obligations. There is no reason (except historical) that would restrict the use of legitimate expectations when supporting the right arising from a contract. It is legally recognized sort of legal act that entitles parties to expect certain way of behaviour and acting from the other party that could be enforced under the legal order.

2.2.1 Consumer relations

Consumer protection represents one of the earlier parts of the legislation that directly dealt with the legitimate expectations: “The category of ‘legitimate expectations’ started to appear on the European level in the first consumer directives from the 1980s and 1990s.” [11]

In case C-310/15¹ (Court of Justice of the European Union), the Court of Justice used a concept of the legitimate expectations of the average

1 “It is apparent from the casefile in the main proceedings that, on 27 December 2008, Mr Deroo-Blanquart acquired a Sony laptop in France – model VAIO VGN-NR38E – which was equipped with preinstalled software including Windows Vista Home Premium operating system and various other software applications. When using that computer for the first time, Mr Deroo-Blanquart refused to subscribe to the operating system’s ‘end-user licence agreement’ (EU-LA), displayed on that computer’s screen, and requested, on 30 December 2008, reimbursement from Sony of the part of the purchase price of the computer corresponding to the cost of the preinstalled software. By letter of 8 January 2009, Sony refused to process that reimbursement, submitting that the VAIO computers with preinstalled software form part of a single and non-separable offer. Following discussions, Sony offered, on 15 April 2009, to cancel the sale and to reimburse Mr Deroo-Blanquart the entirety of the sale price, namely EUR 549, subject to the return of the equipment purchased. Mr Deroo-Blanquart declined that offer and, by a document lodged on 17 February 2011, issued proceedings against Sony before the tribunal d’instance d’Asnières (District Court, Asnières, France) for payment, inter alia, of EUR 450 as a lump sum for the preinstalled software, and of EUR 2 500 for the damage suffered as a result of unfair commercial practices ... After noting that the applicable provisions of national law fall within the scope of Directive 2005/29, the Cour de cassation (Court of Cassation) decided to stay the proceedings and to refer the following questions to the Court of Justice for a preliminary ruling: ‘(1) Must Articles 5 and 7 of Directive 2005/29/EC of the European Parliament and of the Council of 11 May 2006 concerning unfair business-to-consumer commercial practices in the internal market be interpreted as meaning that a combined offer consisting of the sale of a computer equipped with pre-installed software constitutes a misleading unfair commercial practice where the manufacturer of the computer has, via its retailer, provided information on each item of preinstalled software, but has not specified the cost of each individual component? (2) Must Article 5 of Directive 2005/29 be interpreted as meaning that a combined offer

consumer (the case was about commercial practice of the sale of a computer equipped with preinstalled software without any option for the consumer to purchase the same model of computer not equipped with preinstalled software and considering it or not to be an unfair commercial practise as well as the possibility to indicate the price for computer and software separately).

The legitimate expectations of consumer are also examined in an online world [14], still with no concrete resolution: “At present, the issue appears much more complicated and there is a definite need for more detailed insights into the pros and cons of applying the adage. Such insight is also required to determine what exactly constitutes the ‘legitimate expectations of the consumer in an online environment’, and what these expectations imply in view of liability positions. Aside from the considerations related to the legitimate expectations of consumers, other arguments should be considered as well when analysing the necessity of new legislative measures on consumer liability given the specifics of the online world.”

3. Conclusion

We consider the legitimate expectation to be an important part of legal order.

We agree with the classification as an institute of constitutional law, but we see its signification not only in area of public – administrative law, but in area of private law as well.

There is no doubt that general legal institutes should be apply wherever their application is possible and useful. Legal purism should not prevail over needs of practice, they are supposed to be balanced and help each other:

“Is it necessary at all to deal with concepts like ‘legitimate expectations’ ...? They are hard to grasp, without clear content and scope of applicability and

consisting of the sale of a computer equipped with preinstalled software constitutes an unfair commercial practice where the manufacturer leaves the consumer no choice other than to accept the software or cancel the sale? (3) Must Article 5 of Directive 2005/29 be interpreted as meaning that a combined offer consisting of the sale of a computer equipped with preinstalled software constitutes an unfair commercial practice where the consumer is unable to obtain a computer which is not equipped with software from the computer manufacturer? ... It must therefore be ascertained whether the behaviour of the trader entails a possible violation of honest market practices or of the principle of good faith in the trader’s field of activity, which in the present case is the manufacturing of computer equipment for the general public, in the light of the legitimate expectations of the average consumer ... ” in <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?jsessionid=9ea7d2dc30d67bb6f22ec57e4c569a19e1dfba87642b.e34KaxiLc3qMb40Rch0SaxyMbxj0?text=&docid=183106&pageIndex=0&doclang=en&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=278945> .

extremely conditional on factual circumstances. Practitioners would agree that one cannot rely on them before the courts, because their application depends very much on the judge's discretion ... All we need is to learn to process and apply them so that they do not give the impression of legal scholars' whims but are perceived as a workable and useful element of law." [11]

1. Berge, Gio ten; Widdershoven, R.J.G.M. (1998) *Netherlands reports to the fifteenth international congress of comparative law / Rapports néerlandais pour le quinzième congrès international de droit comparé*, pp. 421 - 452 (Conference report), pp. 424.
2. Barak-Erez, D.: *The Doctrine of Legitimate Expectations and the Distinction between the Reliance and Expectation Interests. European Public Law, Volume 11, Issue 4. Kluwer Law International, 2005. p. 584. online <http://www.tau.ac.il/law/barakerez/articals/legitimate.pdf>*
3. Berge, Gio ten; Widdershoven, R.J.G.M. (1998) *Netherlands reports to the fifteenth international congress of comparative law / Rapports néerlandais pour le quinzième congrès international de droit comparé*, pp. 421 - 452 (Conference report), pp. 424-425.
4. *Constitutional Court of the Czech Republic file reference IV. ÚS 525/02*
5. Langášek, T.: *Ochrana legitimního očekávání v judikatuře Ústavního soudu. online <https://www.law.muni.cz/sborniky/dp08/files/pdf/ustavko/langasek.pdf>*.
6. *e. g. Constitutional Court of Slovakia file reference III. ÚS 252/04, II. ÚS 566/05.*
7. *The Supreme Court of Slovakia file reference 2MCdo/4/2015*
8. *Constitutional Court of the Czech Republic file reference I. ÚS 353/04.*
9. *Constitutional Court of the Czech Republic file reference I. ÚS 544/06.*
10. *Constitutional Court of the Czech Republic file reference I. ÚS 185/04.*
11. Balarin, J. *The Principle of Legitimate Expectations in the New Czech Civil Code. Elte law Journal, 2014/2. online <http://eltelawjournal.hu/principle-legitimate-expectations-new-czech-civil-code/>*
12. *See Jurčová, M., Štefanko, J.: Porušení povinnosti v zmluvnom práve. In Štefanko, J. (ed.) Prostriedky nápravy v zmluvnom práve. Trnava : Trnavská univerzita v Trnave, Právnická fakulta, 2017, p. 10 – 26. online <http://publikacie.iuridica.truni.sk/wp-content/uploads/2017/07/prostriedky-napravy-v-zmluvnom-prave.pdf>*
13. ŠILHÁN, J. *Právní následky porušení smlouvy v novém občanském zákoníku. Praha : C. H. Beck, 2015.*

14. See Prins, J. E. J. (2003). *Consumers, Liability, and the Online World. Information & Communications Technology Law*, 12(2), 143-164.

Mészáros P. The principle of the legitimate expectations

In the article it is considered the legitimate expectation to be an important part of legal order. The author agrees with the classification as an institute of constitutional law, but we see its signification not only in area of public – administrative law, but in area of private law as well. Legal doctrine in Slovakia and the Czech Republic operates with legitimate expectations as an instrument connected to contractual obligation, mainly in accordance to violation of obligation. The author has no doubt that general legal institutes should be apply wherever their application is possible and useful. According to the author’s point of view, there is no reason (except historical) that would restrict the use of legitimate expectations when supporting the right arising from a contract. Legal purism should not prevail over needs of practice, they are supposed to be balanced and help each other. When concluding a contract, both parties have their expectations – coming from legal order and the regulation given by contract. Legitimate expectations as a legal principle should not covered only rights arising from public – administrative law as the historical and origin approach suggests, but the principle has to be interpreted also from the point of view of its grammatical sense, as shown by judicial practice.

Keywords: legitimate expectations, administrative law, contract, reasonable expectations.

Михайлюк Г.О.

кандидат юридичних наук, старший викладач кафедри міжнародного і європейського права Національного Університету «Києво-Могилянська академія»

Mykhailiuk G.O.

PhD in Law, Assistant Professor at International and European Law Department National University "Kyiv-Mohyla Academy"

ДЕЯКІ ОСОБЛИВОСТІ ЦИВІЛЬНО-ПРАВОВОГО РЕГУЛЮВАННЯ КОМЕРЦІЙНИХ НАЙМЕНУВАНЬ В ОКРЕМИХ КРАЇНАХ-ЧЛЕНАХ ЄС

УДК 347.772/774

Курс на інтеграцію до ЄС, проголошений Україною, потребує забезпечення захисту прав на об'єкти інтелектуальної власності на рівні, установленому в економічно розвинених країнах. Нині, враховуючи європейське спрямування України, наукові розвідки мають передбачати активне вивчення набутого Європейським Союзом та його державами-членами досвіду правового регулювання (академік НАПрН України, проф. Н. С. Кузнєцова) [1].

Питання цивільно-правової охорони комерційних позначень висвітлені у працях вітчизняних учених-правників О. В. Басая, Ю. Л. Бошицького, Р. В. Гуменного, Р. Є. Еннана, І. С. Іщука, Ю. М. Капіци, А. О. Кодинця, О. О. Козлової, А. Г. Красовської, І. В. Кривошеїної, О. О. Кузьмінського, Є. Ю. Отцевича, М. В. Паладія, М. П. Потоцького та інших. Однак численні наявні дослідження до цього часу не були систематизовані і переважно носили описовий або фрагментарний, а не порівняльний характер, тому здійснене дослідження цивільно-правового регулювання комерційних найменувань в окремих державах-членах ЄС у контексті можливої та доцільної подальшої імплементації позитивного досвіду у право інтелектуальної власності України виявилось нагальним і актуальним з теоретичної та практичної точок зору.

У вітчизняній та зарубіжній цивілістиці, як у межах доктрини, так і на ниві нормотворчості спостерігається незбалансоване висвітлення правового режиму та тлумачення сутності комерційних позначень. Відносини у сфері використання окремих розрізняльних позначень (зокрема

торговельних марок) вже протягом тривалого часу є предметом нормативного впорядкування та наукового дослідження, на відміну від інших (комерційних найменувань), які не знайшли належного розкриття в українській юридичній науці.

Мета даної роботи – дослідити особливості цивільно-правового регулювання комерційних найменувань в окремих країнах-членах ЄС, зокрема у Німеччині, Австрії, Швеції та Фінляндії. Вибір країн для аналізу зумовлено рецепцією германського права на вищезазначені країни у сфері, що досліджується.

У Німеччині охорона зареєстрованих торговельних марок гармонізована згідно законодавства ЄС, у той час як охорона незареєстрованих торговельних марок та комерційних найменувань залишена на розсуд національних законодавчих органів.

Закон Німеччини «Про охорону торговельних марок та інших відрізняльних позначень» (Глава 5) передбачає охорону незареєстрованих торговельних марок та інших комерційних позначень з моменту його прийняття у 1996 році [2]. Наприклад, незареєстровані позначення можуть охоронятися як: позначення, які використовуються у процесі торгівлі, якщо позначення набуло популярності в якості торговельної марки серед зацікавленого професійного оточення; торговельна марка отримала погану славу; або комерційні позначення існують у вигляді комерційних найменувань, що включають доменні імена.

Водночас незареєстровані торговельні марки є охороноздатними в Німеччині з самого початку їх функціонування в якості торговельних марок і придбали репутацію за рахунок використання. Загалом захист комерційних позначень виникає у результаті простого використання.

При цьому слід підкреслити, що згаданий Закон (Глава 5 (Розділ 2)) захищає помітні позначення, використовувані у процесі торгівлі як ім'я, комерційне найменування або спеціальне позначення підприємств (наприклад ресторанів, готелів (Федеральний Верховний суд, справа Case 1 ZR 60/93 «City - hotel» від 30 березня 1995 року [3]) або театрів (земельний суд Мюнхена, справа Case 1 HRO 12216/97 «Deutsches Theater» [4] від 17 вересня 1997 року. Крім того, прізвища, псевдоніми та назви організацій також захищені вищезазначеним Законом.

На противагу більшості зарубіжних нормативних актів відповідної проблематики, § 17 Німецького цивільного уложення 1896 року (Bürgerliches Gesetzbuch (BGB)) містить правову дефініцію фірми: «фірмовим найменуванням (Firmennamen) комерсанта є найменування, під яким він веде свої справи і ставить свій підпис» [5]. Зіставляючи це поняття

з нормою § 1 BGB, згідно з якою комерсантом є особа, яка займається комерційною діяльністю, можна констатувати, що німецьке право закріплює особливий засіб індивідуалізації комерційної організації – фірмове найменування. Водночас на відміну від українського права, німецький закон дозволяє мати фірмове найменування не тільки комерційній юридичній особі, а й індивідуальному підприємцеві, громадянське ім'я якого внаслідок цього може не збігатися з його торговим ім'ям (фірмою).

Параграфами 18, 30 BGB, формулюючи вимоги, що висуваються до фірмового найменування, передбачається, що воно повинно бути придатним для позначення комерсанта і мати розпізнавальну здатність, чітко відрізнятися від інших фірмових найменувань, вже існуючих у тій місцевості або громаді і зафіксованих у торговому реєстрі або реєстрі кооперативів. Після проведення первинної реєстрації комерсанта його фірмове найменування доповнюється приміткою «зареєстрований». Проте даній реєстрації німецький закон, на відміну від вітчизняного, не надає правостановлюючого значення, адже виключне право на фірмове найменування виникає у силу використання цього засобу індивідуалізації у комерційному обороті.

Принципово важливо, що фірмове найменування згідно з § 22, 23 BGB може бути передано у порядку універсального або сингулярного правонаступництва разом з передачею торгової справи, що в корені відрізняється від ст. 490 ЦК України, яка надає право перешкоджати іншим особам неправомірно використовувати комерційне найменування, у тому числі забороняти таке найменування. Очевидно, що дані норми BGB значно вплинули на розвиток дискусії з питання про правову природу фірми серед дореволюційних цивілістів, а також відобразились на змісті ст. 12 Положення про фірму 1927 р. і ч. 2 ст. 490 ЦК України, які відносять фірмове найменування до складу підприємства і надають змогу розпоряджатися ним при відчуженні даного майнового комплексу. Комерційними позначеннями згідно зі ст. 5 Закону Німеччини «Про охорону торговельних марок та інших відрізняльних позначень» 1994 р. [2] визнаються символи компаній і назви творів. При цьому під символами компаній закон розуміє позначення, що використовуються у процесі комерційної діяльності в якості назв, фірмових найменувань, засобів індивідуалізації підприємств та інших зовнішніх проявів підприємницької активності. Таким чином, зареєстрована належним чином фірма комерційної організації за умови придбання ознаки популярності розглядається законом як окремий випадок комерційного позначення і є охороноздатним об'єктом інтелектуальної власності в даному статусі.

Практика Верховного Суду Німеччини підтверджує, що комерційні позначення, що складаються з прізвищ, також мають охороноздатність на підставі тієї ж ст. 5 вищезгаданого Закону [2], причому незалежно від частоти вживання прізвищ. Такий критерій, проте, впливає на обсяг наданої позначенню правової охорони.

Підкреслимо, що відповідно до ст. 15 Закону Німеччини «Про охорону торговельних марок та інших відрізняльних позначень» власники комерційних позначень мають виняткові права на використання даних засобів індивідуалізації.

Приступаючи до розгляду австрійського законодавства, варто звернути увагу, що імена і псевдоніми фізичних та юридичних осіб охороняються відповідно до Цивільного кодексу Австрії [6]. Разом з тим, некоректне використання комерційних найменувань може призвести до виникнення вимог про визнання їх незаконними та відшкодування збитків.

Найменування компаній (тобто назви компаній, перелічених у комерційному реєстрі) охороняються у відповідності до Господарського кодексу Австрії (№ 219/1897, німецький Імперський закон) [7]. Так, у ст. 29 згаданого кодексу зазначено, що фірмові найменування повинні відрізнятися від інших комерційних позначень зареєстрованих у тій же місцевості або політичному муніципалітеті. Захист фірмових найменувань регулюється главою 37 Господарського кодексу Австрії і включає судові заборони та відшкодування збитків.

Передусім, глава 9 Закону Австрії «Про недобросовісну конкуренцію» [8] передбачає захист незареєстрованих назв компаній і торгових найменувань, включаючи торгівлю тканинами, починаючи з початку їх використання у торгівлі та моменту набуття широкої відомості серед споживачів.

Захист комерційних найменувань починається із запису в комерційному реєстрі. У всіх інших випадках незареєстровані торговельні марки вимагають *verkehrsgeltungsnachweis* (нім. строк дії дозволу на перебування товарів в обігу), який вимірює розрізняльну здатність позначення у відповідних торговельних колах для встановлення захисту. *Verkehrsgeltungsnachweis* може бути доведено в ході судового процесу (наприклад, через опитування громадської думки).

Цікавим прикладом правового регулювання комерційних найменувань можуть слугувати законодавства Швеції та Фінляндії, які після Німеччини одні з перших серед держав-членів ЄС закріпили їх правове регулювання на законодавчому рівні.

Так, до засобів індивідуалізації у цивільному праві Швеції належать не тільки фірма, а й вторинний символ (*secondary symbol / bifirma*). Для збірної назви комерційних позначень та вторинних символів ст. 1 Закону Швеції «Про ідентифікаційні позначення» 1974 р. [9] вводить загальний термін «символи підприємницької діяльності» (*business symbols*).

Сутність шведського підходу у тому, що комерційне позначення є найменування, під яким комерсант здійснює підприємницьку діяльність, тобто до цих позначень слід відносити і фірмові найменування. За прикладом законодавства Німеччини, шведський закон надає власнику комерційного позначення виключне право щодо даного засобу індивідуалізації. Воно може виникнути як на підставі реєстрації позначення у торговому реєстрі, так і в силу набуття популярності у результаті використання. Оскільки підприємницька діяльність ведеться, у більшості випадків, шляхом організації тієї чи іншої форми юридичної особи, комерційні позначення у вигляді фірмових найменувань набувають захисту за допомогою реєстрації.

Під вторинними символами розуміються інші відмінні від комерційних позначень засоби, що індивідуалізують комерційну діяльність особи, переліку яких закон не містить. Як передбачає ст. 2 Закону Швеції «Про ідентифікаційні позначення», виняткове право на вторинний символ виникає тільки за умови набуття ним популярності в межах певної території, без будь-якої реєстрації. Більше того, дозволяється мати декілька вторинних символів, зареєстрованих у різних видах підприємницької діяльності, які разом представляють основу діяльності юридичної особи. Однак законодавством передбачено певні обмеження: усі зареєстровані вторинні символи мають відповідати напрямкам / сферам діяльності юридичної особи; заборонено мати декілька вторинних символів щодо одного і того ж самого різновиду діяльності підприємства.

Серед останніх новел законодавства Швеції 2016 року¹ [10] з досліджуваної тематики слід відмітити створення Патентного та Ринкового Суду (*Patent and Market Court*), до компетенції якого входить розгляд справ про порушення прав власників комерційних найменувань, випадки скасування реєстрації комерційних найменувань, а також розгляд апеляцій на рішення Офісу з реєстрації та патентування (*Patent and Registration Office*).

1 Крім того, зміни торкнулися переліку вимог та обмежень при реєстрації комерційних найменувань; накладення стягнень (відшкодування збитків) за порушення прав власників комерційних найменувань.

Для попередження випадків виникнення конфліктів між комерційними найменуваннями та доменними іменами, законодавство і Швеції, і Фінляндії встановлює обмеження щодо змісту заявки на реєстрацію доменного імені, а саме, якщо останнє містить у собі вже зареєстроване комерційне найменування. Водночас у Фінляндії комерційне найменування може утворюватись різними способами. Наприклад, це може бути цілком вигадане слово, або, часто можна зустріти поєднання імені та організаційно-правової форми юридичної особи. Цікаво, що власне ім'я особи також може бути використане у якості комерційного найменування.

Закон Фінляндії «Про фірмові найменування» (далі – Закон) від 2 лютого 1979 р. охороняє як фірмові найменування (company names), так і бізнесові імена (business names). Крім того, Закон розрізняє фірмові найменування (company names), допоміжні фірмові / бізнесові найменування (auxiliary trade names / business names) і вторинні фірмові / бізнесові найменування (secondary trade names / business names) [11].

У торговому реєстрі перевіряються заявки стосовно надання охорони комерційним найменуванням за наступними його складовими: зазначення організаційно-правової форми; індивідуальність; розрізняльна здатність; не введення в оману; прізвища тощо. Комерційне найменування має включати зазначення організаційно-правової форми, однак, до вторинних комерційних найменувань такий критерій не застосовується.

Особливістю законодавства Фінляндії є положення, викладені у ст. 10 Закону, які передбачають, що фірмове найменування не підлягає реєстрації без відповідної згоди, якщо воно містить елементи, які:

- можуть бути прийняті в якості псевдоніма (артиста) або ім'я особи, за виключенням рівнозначного найменування, що відноситься до людини, з дня смерті якої пройшов тривалий час, або, якщо воно містить елементи, що можуть сприйматися в якості назви фонду, асоціації або схожої юридичної особи;
- охороняються як літературний чи художній твір;
- є захищеним національним / міжнародним позначенням або скороченим позначенням;
- можна сплутати з уже захищеним фірмовим найменуванням, допоміжним фірмовим найменуванням (auxiliary trade names), вторинним фірмовим найменуванням (secondary trade names) або торговельною маркою.

Водночас воно не повинно суперечити моралі та громадському порядку (наприклад, посилатися на протиправні явища або містити нецензурні слова).

Відповідно до ст. 2 вищезазначеного Закону, можна отримати виключне право на фірмове найменування або допоміжне фірмове найменування шляхом реєстрації чи за рахунок дійсного його використання. Виключне право на вторинне фірмове найменування можливо отримати лише при створенні юридичної особи.

Національна рада патентів та реєстрації Фінляндії (далі – «реєструючий орган») погоджує національний торговельний реєстр у країні. Відтак, реєстрація фірмового найменування або допоміжного фірмового найменування залежить від згоди реєструючого органу. Паралельно з цим, при реєстрації юридичної особи комерційне найменування включається до Національного торговельного реєстру. Відповідно до ст. 8 Закону фірмове найменування повинне відрізняти свого власника. Отже, фірмове найменування не може бути зареєстровано, якщо воно, після загальної оцінки, достатньо не відрізняє свого власника. До того ж, воно не може бути зареєстроване, якщо це суперечить усталеній практиці, або, якщо воно може ввести в оману споживачів (ст. 9 Закону [11]).

Варто зазначити, що ще однією особливістю правового регулювання комерційних найменувань у скандинавських країнах є існування більш детально розробленого законодавства саме щодо охорони останніх, порівняно з іншими різновидами комерційних позначень, наприклад торговельними марками.

Водночас, відповідно до ст. 25 Закону Фінляндії «Про торговельні марки» [12] торговельна марка може бути визнана недійсною, якщо вона була зареєстрована з порушеннями положень вищезазначеного закону. Так, ст. 3 цього Закону встановлює, що торговельна марка не може містити чужого імені або фірмового найменування; захищеного допоміжного фірмового найменування або вторинного фірмового найменування, крім випадків, коли ці позначення мають розрізняльну здатність або використовуються у різних сферах бізнесу. Торговельна марка не може бути зареєстрованою, якщо існує імовірність сплутати її з чужою торговельною маркою, фірмовим найменуванням (company name) або бізнесовим найменуванням (business name) (стаття 14 Закону Фінляндії «Про торговельні марки»). Отже, торговельна марка може бути визнана недійсною на підставі раніше зареєстрованого фірмового або бізнесового найменування. Разом з цим, раніше зареєстрована торговельна марка ex officio є перешкодою для реєстрації фірмового найменування або допоміжного

фірмового найменування. При цьому, заявка на реєстрацію торговельної марки, що знаходиться на розгляді не враховується автоматично реєструючим органом. Більш того, анулювання торговельної марки здійснюється за рішенням суду, а не за рішенням реєструючого органу.

Угода про асоціацію між Україною та Європейським Союзом [13], на жаль, не містить положень про правове регулювання комерційних найменувань.

Отже, виходячи з вищезазначених положень, вітчизняна практика правового регулювання комерційних найменувань частково запозичила німецький досвід щодо визнання комерційного найменування чинним з моменту першого використання (ч. 2 ст. 489 ЦК України). Водночас, законодавчі норми Швеції та Фінляндії мають комбінований характер та містять універсальні положення, притаманні як Німеччині, так і Австрії, стосовно виникнення виключного права на комерційне найменування як на підставі реєстрації позначення у торговому реєстрі, так і в силу його дійсного використання.

Запозичення передового досвіду держав-членів ЄС щодо належного правового регулювання комерційних найменувань, висвітленого у цьому дослідженні, позитивно позначиться на можливості правовласників ефективніше охороняти та захищати свої права інтелектуальної власності. Перспектива запропонованого дослідження полягає у можливості подальшого вивчення імплементації вищезазначених норм зарубіжного законодавства разом з урахуванням особливостей режиму використання комерційних позначень у інших державах-членах ЄС.

1. Primak V.D. *Methodology of Private Law (Theoretical Discourse and Practice of Application)* URL: <http://yvu.com.ua/metodologiya-pryvattnogo-prava-teoretychnyj-dyskurs-ta-praktyka-zastosuvannya/> (date of applying 12.10.2016).
2. *Germany Law on the Protection of Trade Marks and other Signs : Text of October 25, 1994, as last amended by the Law of July 16, 1998* URL : http://www.wipo.int/wipolex/en/text.jsp?file_id=126234 (date of applying 28.09.2017).
3. (Case 1 ZR 60/93) *City - hotel* [1995].
4. (Case 1 HRO 12216/97) *Deutsches Theater* [1997].
5. *Bürgerliches Gesetzbuch 1896*. URL : <https://www.gesetze-im-internet.de/bgb/> (date of applying 24.01.2017).
6. *Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch 1811*. URL : http://ilo.org/dyn/natlex/nat-lex4.detail?p_lang=en&p_isn=42818&p_country=AUT&p_

- count=1168&p_classification=01.03&p_classcount=8 (date of applying 27.09.2017).*
7. *Bundesgesetz über besondere zivilrechtliche Vorschriften für Unternehmen (Unternehmensgesetzbuch – UGB) StF: dRGBL. S 219/1897 URL : <https://www.ris.bka.gv.at/GeltendeFassung.wxe?Abfrage=Bundesnormen&Gesetzesnummer=10001702> (date of applying 24.09.2017).*
 8. *Austrian Federal Act Against Unfair Competition of 1984 (as last amended by Federal Law Gazette I No. 79/2007) URL : <http://www.wipo.int/wipolex/en/details.jsp?id=11622> (date of applying 27.09.2017).*
 9. *Act on Identification Designation for Legal Entities of Sweden 1974 («Lag om identitetsbeteckning för juridiska personer m.fl.»). URL : <http://www.legislationline.org/topics/country/1/topic/1> (date of applying 27.09.2017).*
 10. *Act (2016:373) Amending the Trade Names Act (1974:156) URL : <http://www.wipo.int/wipolex/en/details.jsp?id=16225> (date of applying 27.09.2017).*
 11. *Finnish Business Names Act : of 02 February 1979 URL : <https://aippi.org/download/committees/155/GR155finland.pdf> (date of applying 27.09.2017).*
 12. *Finnish Trademarks Act : No. 7 of January 10, 1964 URL : <https://www.prh.fi/en/tavaramerkki/lainsaadanto/Tavaramerkkilaki.html> (date of applying 27.09.2017).*
 13. *The Association Agreement between Ukraine, on the one hand, and the European Union and its member states, on the other hand. URL : http://www.kmu.gov.ua/kmu/control/uk/publish/article?art_id=246581344&cat_id=223223535 (date of applying 15.03.2017).*

Михайлюк Г. О. Деякі особливості цивільно-правового регулювання комерційних найменувань в окремих країнах-членах ЄС

Питання захисту об'єктів права інтелектуальної власності є показником рівня розвитку ринкової економіки та зовнішньоекономічної діяльності країни. У статті пропонується розглянути особливості цивільно-правового регулювання комерційних найменувань в окремих країнах-членах ЄС. Встановлено, що у Німеччині виключне право на комерційне найменування виникає у силу використання цього засобу індивідуалізації у комерційному обороті, на відміну від вітчизняного законодавства, де первинна реєстрація має правовстановлююче значення. Досліджено, що охорона зареєстрованих торговельних марок у Німеччині гармонізована згідно законодавства ЄС, у той час як охорона незареєстрованих торговельних марок та комерційних найменувань залишена на розсуд національних законодавчих органів. Загалом захист комерційних позначень виникає у результаті простого використання. Водночас, в Австрії захист комерційних найменувань починається із запису в комерційному реєстрі. Виявлено,

що у Швеції виключне право на комерційне найменування може виникнути як на підставі реєстрації позначення у торговому реєстрі, так і в силу набуття популярності у результаті використання. У Фінляндії виключне право на фірмове найменування або допоміжне фірмове найменування можна отримати шляхом реєстрації чи за рахунок дійсного його використання.

Ключові слова: комерційне позначення, торговельна марка, комерційне найменування, доменне ім'я, майнові права інтелектуальної власності, право інтелектуальної власності.

Mykhailiuk G. O. Some Peculiarities of the Civil Law Regulation of Commercial Names in Particular EU Member States

The issue of intellectual property rights protection is an indicator of the market economy level of development and country's activity in foreign trade. The peculiarities of civil law regulation of commercial names in particular EU member states have been considered. It has been established that in Germany the exclusive right to a commercial name arises from the use of these means of individualization in commercial circulation in contrast to domestic legislation where primary registration has a legal meaning. It has been analyzed that in Germany the protection of registered trademarks is harmonized in accordance with EU law while protection of unregistered trademarks and commercial names is left to the discretion of the national legislative authorities. In general protection of commercial names results from their simple use. At the same time, in Austria the protection of commercial names starts with a record in a commercial register. It has been revealed that in Sweden the exclusive right to a commercial name may arise either because of the registration of a designation in the trade register or as a result of gaining popularity from this usage. In Finland the exclusive right to a company name or a subsidiary company name can be obtained by registration or through its actual use.

Keywords: commercial designation, trademark, commercial name, domain name, intellectual property rights, intellectual property law.

Nevolná Z.

*PhD in Law, the Department
of Civil and Commercial Law,
the Faculty of Law, Trnava
University in Trnava, Slovak
Republic*

Невольна С.

*кандидат юридичних
наук, кафедра цивільного
та комерційного права
факультету права,
Трнавський університет у
Трnavі, Словаччина*

PRINCIPLE OF REGARD AND FAIRNESS AS ONE OF THE PRINCIPLES OF EUROPEAN PRIVATE LAW AND ITS REFLECTION IN THE SLOVAK COMMERCIAL LAW

Introduction to the issue

As A. von Bogdandy states, ethical, political or economic conflicts can be seen as conflicts of principles¹. Although the legal principles do not provide concrete solutions to these conflicts, they serve as the basis to propose the solutions to these conflicts.

The principles of private law, as well as legal principles in general, are of particular importance to private law. The principles express the values of private law and form a stable basis for all private law regulation. The principles of private law imply and conceal the axioms and values, which society refers to. Without absorbing the principles of private law, the law in its true sense would cease to meet its objectives. The principles of private law fulfill the function of a stabilizer of the law and order. The important role of the principles of private law lies in their flexibility. The principles can flexibly respond to social changes that are then drawn through the interpretation into law. The principles are used in the preparation of new legal regulations, but also in application of law.

The principles of private law have not only a national dimension, but also a significant transnational (European) dimension with regard to the unification of private law in the European Union and creation of model codifications of private law and contract law.

It can be said that the general principles of EU law have, firstly: an interpretative function, since they serve to interpret written law, secondly: supplementary function, since they serve to fill gaps in the law and ultimately:

1 Von Bogdandy, A. Founding Principles of EU Law: A Theoretical and Doctrinal Sketch. In European Law Journal, 2010, No. 2, p. 111.

check function (corrective, revision function), since they serve to assess legality of legislative or executive acts¹. As regards particular principles of the EU's private law², these principles in addition have a special significance for the systematization of the EU's private law³.

Since the EU's private law is both an EU's law and a private law, it is possible to include into the system of its principles, firstly: the general principles of EU's law applicable to all areas of EU's law in the extent of relevance to private law, and secondly: the specific principles of EU's private law, the scope of which is limited to the EU's private law⁴.

Among the specific principles of the EU's private law are generally included the following: the principle of contractual freedom, the principle of *pacta sunt servanda*, the principle of awareness, the principle of transparency, the principle of contractual solidarity, the principle of regard and fairness and the principle of consumer protection⁵.

As it can be seen from the above, in European Private Law, in addition to traditional principles, such as the principle of the contractual freedom or the principle of *pacta sunt servanda*, new principles have also been formed to highlight the social responsibility of subjects of private law relations and to contribute to emphasize the social function of private law. One of these principles is the principle of regard and fairness (*Rücksichtnahme und Fairness*). This principle includes reciprocal openness, fairness and regard between the parties. It is related to contractual solidarity, but its designation as the principle of regard and fairness more accurately expresses its true content and does not induce mistaken associations related with the concepts of solidarity and social contract law. The principle of regard and fairness is not based on solidarity in the sense of redistribution of wealth or on social policy measures. By virtue of this principle, the parties do not have to give up their

1 Hartkamp, A. The General Principles of EU Law and Private Law. In *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, 2011, No. 2, p. 242.

2 European Private Law *de lege lata* means the private law of the European Union (also referred to as the Private Law of the EU), i.e. a set of norms of private law which, under EU Law, are valid in all Member States or are binding for all Member States. In the past (prior to the entry of the Treaty of Lisbon into force), it was referred to as Private Law of Community, or Community Private Law.

3 Mak, V. A Shift in Focus: Systematisation in European Private Law through EU Law. In *European Law Journal*, 2011, No. 3, p. 420.

4 Jančo, M., Jurčová, M., Novotná, M. a kol. *Európske súkromné právo*. Bratislava : EUROIURIS, 2012, p. 150.

5 For more details see Jančo, M., Jurčová, M., Novotná, M. a kol. *Európske súkromné právo*. Bratislava : EUROIURIS, 2012, p. 178 and following.

interests and act altruistically, but they are only expected to act fairly, i.e. in accordance with good faith and to take into account the interests of the other contractual party¹.

Honesty, openness, and regard for the interests of the other party are signs that can also characterize the principle of fairness. Honesty is to be understood «in the sense of the unacceptability of fraud against the other contractual party»². Openness is such a conduct of a contractual party that can be described as transparent and regard for the interests of the other party means the minimum, commonly required regard³.

Despite the fact that the principle of regard and fairness represents the opposite of the formally understood contractual freedom, the principle of regard and fairness must still be at the same level as the fundamental principle of contractual freedom.

As regards the Slovak Commercial Code⁴, although it was adopted at the time when the principles of European Private Law were not inevitably relevant to the Slovak legal environment, it can be said that the principle of regard and fairness in terms of content corresponds to the exercise of right in accordance with the principles of fair business conduct. Under provision § 265 of the Slovak Commercial Code, the exercise of rights, which contravenes the principles of fair business conduct, shall not be legally protected. The principles of fair business conduct are sometimes referred to as fair trade principles.

It is assumed that the entrepreneur will, in its dealings with other entrepreneurs, promote its interest, exploit the opportunities provided by legal regulations and strive to achieve the maximum possible profit and improve its position on the market. On the other hand, however, the entrepreneur must not, in the pursuit of its interests, exceed the limits resulting from the principles of fair business conduct, or abuse the rights arising from the law. The entrepreneur must behave regardfully and fairly. The right cannot be exercised in a way that the fundamental right of the other participant in the contractual relation is unjustifiably violated nor it can lead to an imbalance of mutual rights and obligations. The contractual freedom of the parties in the contractual relation is

1 Jančo, M., Jurčová, M., Novotná, M. a kol. Európske súkromné právo. Bratislava : EUROIURIS, 2012, p. 181.

2 Nový, Z. Dobrá víra jako princip smluvního práva v mezinárodním obchodu. Praha : C. H. Beck, 2012, p. 139.

3 For more details see: Bar, Ch., Clive, E., Schulte-Nölke, H. (eds.). Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law, Draft Common Frame of Reference (DCFR) Munich : Sellier European Law, 2009, p. 136. Available at: http://ec.europa.eu/justice/contract/files/european-private-law_en.pdf.

4 Act No. 513/1991 Coll. Commercial Code as amended.

not unlimited and must not deviate from certain boundaries acceptable by law. If the boundaries are exceeded, then the legal protection cannot be granted.

The principles of fair business conduct

It can be concluded that the principles of fair business conduct are the concretization of more general moral principles or norms expressed in the legal term “good manners”. The principles of fair business conduct are the specification of the morality norms in the area of business contractual relations. These principles form a coherent set of behavioral policies, whose respecting in the commercial conduct, qualifies this conduct as a fair one. A violation of the principles of fair business conduct is always the case, if a legal participant in the exercise of its interests exploits its rights to the detriment of the other party, and the exercise of rights clearly seeks only to harm the other party in order to get the other party into a more unfavorable situation.

A breach of the principles of fair business conduct has many concrete forms in real life. There is a number of different cases when the exercise of right is in conflict with the principles of fair business conduct. These cases need to be assessed very individually and comprehensively.

In general, the principles of fair business conduct can be characterized as regardful, fair, decent and professional conduct of entrepreneurs in their mutual relations, but also in relations with other subjects. The entrepreneur’s obligation to act in accordance with the principles of fair business conduct applies to entrepreneurs also in contacts with non-entrepreneurs.

The principles of fair business conduct include the particularities of professional relations in the business environment and its special ethics. In the commercial relations regime, the social aspect of justice in relations is harder to apply. This is also reflected in the principles of fair business conduct, where particular emphasis is placed on the general prohibition of abuse of rights and the good faith of parties of contractual relations.

As the provision § 265 of the Commercial Code generally refers to the principles of fair business conduct, said principles are legally binding and, given the fact that § 265 is a mandatory provision, the parties cannot exclude or limit stated provision by an agreement.

In addition to the regulation set out in provision § 265 of the Commercial Code, the principle that the exercise of rights and obligations must be in accordance with good manners also applies in the business relations. A legal act that contravenes good manners is invalid¹.

1 For more details see provision § 39 of Act No. 40/1964 Coll. Civil Code. Given the fact that the Civil Code is *lex generalis* in relation to the Commercial

The provision § 265 of the Commercial Code must be perceived as an order to the judge to decide in accordance with equity, and as opposed to good manners, the principles of fair business conduct allow to take into consideration particularities of the professional relations of the business environment and its specific ethics. Due to the prevailing professionalism of relations in commercial law, sensitivity to the aspects of social justice is slightly weaker in the area of commercial law (allowing to take into consideration the particularities of business ethics). Even such practices can be under certain circumstances considered as fair in the sphere of commercial law that could already be seen as unethical in the sphere of general civil law¹. Thus, even such a practice, which could be considered as unethical compared to the good manners, would stand the test of principles of fair business conduct.

Fair business conduct vs. good manners

The definition of term “fair business conduct”, as well as of the term “good manners”, is generally left to jurisprudence and case law². It is exceptional to find the definition of these terms in the legal norm³. This approach can be considered correct, since these legal terms are multifaceted and their meaning evolves in time and place.

It can be concluded that the principles of fair business conduct and good manners have a common core which lies in equity. The function of principles of fair business conduct and good manners is to find justice in places, where the

Code, this provision also applies to commercial law relations. For more details see the provision § 1 sec. 2 of the Commercial Code.

1 E.g. in commercial law relations, the possibility to plead the pressure and strikingly disadvantageous conditions (§ 267 sec. 2 of the Commercial Code) is excluded in the Slovak legal order, while in civil law relations provision § 49 of the Civil Code sets out that: «The participant who concluded an agreement in pressure under strikingly disadvantageous conditions shall be entitled to withdraw from the agreement. «

2 E.g. the Supreme Court of the Slovak Republic has defined good manners as «normal, honest and just behaviour, which corresponds to the fundamental moral principles which prevail in society». For more details see the Judgment of the Supreme Court of the Slovak Republic of 28.02.2005, File. No. Obdo V 53/2003. Similarly, the Supreme Court of the Czech Republic, in its Judgment of 26.06.1997, File. No. 3 Cdon 69/96 characterized good manners as «a set of social, cultural and moral norms which, in historical development, certify some unchangeability, represent essential historical tendencies, the crucial part of society shares them and they have the nature of basic standards».

3 E.g. the definition of acting contrary to the good manners in § 4 sec. 8 of Act No. 250/2007 Coll. on protection of consumers.

formal application of legal norms would lead to unsustainable consequences.¹ Nevertheless, fair business conduct and good manners are two different legal terms.

Despite the fact that many specific violations will overlap with violations of principles of fair business conduct, the legal term “good manners” is broader in content than the legal term “principles of fair business conduct”. If a certain legal act is contrary to the principles of fair business conduct within the meaning of the provision § 265 of the Commercial Code, it does not automatically imply that the act (legal act) is void because, under the provision § 39 of the Civil Code, it is at variance with the good manners². While good manners are a general measure of ethical evaluation, the principle of fair business conduct reflects the distinctive nature of the business environment, and, as has been mentioned above, even such a practice, which could be considered as unethical compared to the good manners, would stand the test of principles of fair business conduct.

As for the legal consequences, there is a fundamental difference between acting contrary to fair business conduct and between acting contrary to good manners. As mentioned above, the principles of fair business conduct are the concretization of the more general moral principles or norms expressed in the legal term of good manners. If the legal acts are at variance with good manners, the provision § 39 of the Civil Code shall be applied and the consequence shall be the invalidity (absolute invalidity) of the legal act. If, however, in the course of exercising the right, there is a violation of the principles of fair business conduct, in this case the provision § 265 of the Commercial Code shall be applied and the court shall refuse the exercise of right. In other words, in this case the legal act will not be invalid, but the court will refuse to legally protect the exercise of right which is contrary to the principles of fair business conduct (even if no mandatory provision is breached). Such an exercise of right is therefore valid, but it is not possible to claim it in court. Only the exercise of right, not the mere legal act, from which the right is exercised, can be contrary to the principles of fair business conduct. The prerequisite to apply the provision § 265 of the Commercial Code is a valid legal act, from which the right is exercised³.

1 For more details see the Resolution of the Constitutional Court of the Czech Republic of 1.8.2011, File. No. I. ÚS 3727/10.

2 The Judgment of the Supreme Court of the Czech Republic of 1.7.2008, File No. 29 Odo 1027/2006.

3 Resolution of the Constitutional Court of the Czech Republic of 7.12.2011, File No. 32 Cdo 542/2010, similarly also the Judgment of the Supreme Court of the Czech Republic of 25.6.2008, File No. 32 Cdo 3010/2007.

Due to the fact that the application of the provision § 265 of the Commercial Code does not result in the invalidity of a legal act but only in the denial to protect the exercise of right, it is possible for the subject to fulfill its obligation based on such a legal act and such fulfillment cannot be considered as an unjust enrichment.

The role of the court in the decision-making process is also different. When applying provision § 39 of the Civil Code, the court finds that a legal act is void for a breach of good manners, whereas when applying the provision § 265 of the Commercial Code, the court does not grant legal protection to the exercise of right which is contrary to the principles of fair business conduct. The reason for such a solution is, among other things, the legislator's attempt to achieve as much contractual freedom in business relations as possible.

The Supreme Court of the Czech Republic has stated¹ that it is incorrect when the conduct which is contrary to the fair business conduct and conduct that is at variance with good manners is perceived as a relation of cause (the conduct is contrary to the principles of fair business conduct) and the consequence (and that is why such a conduct is at variance with good manners). If this opinion was accepted, the provision § 265 of the Commercial Code would not be applicable on its own, which would contradict its steady interpretation and the way in which this institute is being interpreted by legal theory².

The principles of fair business conduct and judicial practice

The provision § 265 of the Commercial Code provides a wide margin for judicial discretion in a question whether a certain provision of an agreement is or is not in accordance with the principles of fair business conduct. The law does not restrict the judge in considering what his points of view should be based on, when assessing compliance with the principles of fair business conduct. However, the use of the provision § 265 of the Commercial Code should be the last resort (*ultima ratio*) in exceptional cases to mitigate or eliminate the excessive strictness of the law in a situation where to award the claimed right would appear as extremely unfair.

The provision § 265 of the Commercial Code belongs to legal norms with a relatively indefinite (abstract) hypothesis, i.e. to legal norms whose hypothesis is not directly established by legal norm, and which thus oblige the court to

1 The decisions of the Supreme Court of the Czech Republic are stated because for a certain period of time, the Slovak and Czech legislation arising from the Commercial Code, adopted at the time of the common state, was the same and therefore the decisions are also relevant for the Slovak legal environment.

2 Judgment of the Supreme Court of the Czech Republic of 20.1.2009, File No. 29 Cdo 359/2007.

determine, on its own merits, in each individual case the very hypothesis of a legal norm from a broad, previously unlimited set of circumstances¹. A decision as to whether the conditions for the application of provision § 265 of the Commercial Code are met must therefore always be done after careful consideration, in which all the decisive circumstances of the case must be taken into account.

The courts have to be very prudent in their decision-making, because we fairly often meet with the objection of § 265 of the Commercial Code in lawsuits, whereas many times the party tries to abuse given provision and compensate, for example, its own risk of trading or its inattention when concluding a contract and so on. This is most noticeable with regard to default interest and the amount of the contractual penalty.

In such cases, a party which, due to a breach of its contractual obligation, is obliged to pay default interest or a contractual penalty, seeks to get rid of this sanctioning obligation by stating that it is the exercise of right contrary to the principles of fair business conduct. However, it would be wrong to conclude that there is a violation of fair business conduct, only e.g. because of ratio of the amount of the agreed contractual penalty to the value of the secured obligation, or to generalize that any creditor's claim for the payment of a contractual penalty is vexatious, simply because the secured obligation was additionally fulfilled by the debtor. On the other hand, the fact that the contractual penalty is not disproportionately high does not indicate anything about how and under what circumstances the creditor exercises the right to payment of a contractual penalty, and whether the exercise of right is not contrary to the principles of fair business conduct. These examples show the importance of investigating violations of the principles of fair business conduct always in relation to the specific circumstances of the case.

On the other hand, even the courts can sometimes be criticized for the incorrect understanding, interpretation and application of the provision § 265 of the Commercial Code. As an example, we can see from the case law that there is a tendency of courts to use the provision § 265 of the Commercial Code to reduce the amount of a contractual penalty, although this function should be fulfilled by the discretionary power of judge to reduce the disproportionately high contractual penalty (§ 301 of the Commercial Code)². Such practice is

1 Resolution of the Supreme Court of the Czech Republic of 1.12.2016, File No. 23 Cdo 2664/2016.

2 The existence of a disproportionate contractual penalty is a precondition for the use of the discretionary power of the court to reduce the disproportionately high contractual penalty under § 301 of the Commercial Code, but the existence of a

in many cases an abuse of the provision § 265 of the Commercial Code and is an application that undermines legal certainty, because in such cases the law protects the person who has breached the legal obligation.

There is also a question, whether the breach of the principles of fair business conduct has to be taken into account by the courts ex offio, or whether the breach must always be objected. We consider that, given the fact that the sanction for the exercise of right contrary to the principles of fair business conduct is that such exercise of right does not enjoy legal protection, it depends on the will of the person who has been affected by the abuse of right, whether the sanction will be applied or not. Therefore, we think that it is necessary to object the exercise of right which is contrary to the principles of fair business conduct.

As it was already mentioned, courts must always examine all the circumstances of the case. The courts should proceed in such a way as to first consider whether the legal act or only the exercise of right is to be considered unfair. If a legal act is unfair, the provision § 39 of the Civil Code must be used and the legal act must be declared void for contradiction with good manners. Then there is no need to prove contradiction with the principles of fair business conduct. If the legal act is valid, but the exercise of right is unfair and it is a commercial-law relation, it is necessary to use the provision § 265 of the Commercial Code.

Conclusion

Due to the fact that the Slovak Republic is a part of the European Union, the principles of European Private Law are legally relevant for the Slovak legal environment and it is necessary for the Slovak legislation to respond to them. The room for their consistent incorporation into Slovak Private Law is being created especially now, during the ongoing recodification of private law.

For each codification of private law, it is necessary for the optimal application of the adopted legal norms, to determine the values which the legislation should follow and to express them in the form of a set of principles, which will then create a stable legal basis of the legislation and play a decisive

disproportionate contractual penalty is not a statutory precondition for a discrepancy of the exercise of right with the principles of fair business conduct within the meaning of provision § 265 of the Commercial Code. If the court considers the contractual penalty as disproportionately high, it does not necessarily mean the fulfillment of all prerequisites for the application of the provision § 265 of the Commercial Code, i.e., it does not mean that the exercise of right to a contractual penalty does not enjoy legal protection, but prerequisites for the procedure under § 301 of the Commercial Code.

role in the interpretation and application of each provision, which allows different possibilities of interpretation.

However, the definition of civil code values and principles is very difficult, as the civil code must take into account different social views and tendencies. As for the incorporating of the principle of regard and fairness, the provision § 265 of the Commercial Code is a good stepping-stone. The exercise of right, which does not breach the mandatory provisions of the law or the provisions of an agreement, but is contrary to the principles of fair business conduct and goes beyond the limits of contractual freedom provided by the law in commercial relations, cannot be given legal protection. An entrepreneur must not abuse its rights, especially if its rights are not threatened in such a way that it would be possible without further to allow the entrepreneur to obviously harm other persons by the exercise of its rights¹. Honesty expresses a certain standard of conduct in legal relations, requiring uprightness, fairness, openness, and duty to take into account the interests of the other party. It can be said that the principle of regard and fairness is contained in the concept of honesty, so the duty to act in legal relations honestly should be clearly expressed in the new civil code².

As for the application of provisions that require moral principles to be taken into account, such application is difficult and can slip to the point where we can talk about misuse of morality or moral principles when applying law. Therefore, it is not possible to make a decision without thorough examination of a specific case and thorough argumentation. It is the role of the courts to be careful and prudent in their decision-making, and the quality legislation is certainly important in their decision-making³.

Nevolná Z. Principle of regard and fairness as one of the principles of European Private Law and its reflection in the Slovak Commercial Law

The principles of private law, as well as legal principles in general, are of particular importance to private law. The principles express the values of private law and cre-

1 Judgment of Regional court in Bratislava of 18.4.2013, File No. 1 CoZm/30/2012.

2 Similarly, the Czech legislator has chosen to emphasize the need to act honestly in the new Civil Code, pointing out that no one may profit from its unfair or unlawful act (§ 6 of Act No. 89/2012 Coll. Civil Code). In § 7 it also clearly states: «It is understood that the one who acted in a certain way, acted honestly and in good faith.» Subsequently, it is clear from § 8 of the Czech Civil Code that obvious abuse of rights does not enjoy legal protection.

3 This paper was created as a part of the solution of the project APVV-14-0061 «Proliferation of the social function of the Slovak private law by the application of European private law principles».

ate a stable basis for all private law regulation. The principles of private law have not only a national dimension, but also a significant transnational (European) dimension with regard to the unification of private law in the European Union. One of the principles of European Private Law is the principle of regard and fairness. In the Slovak Commercial Code, the principle of regard and fairness corresponds to the exercise of right in accordance with the principles of fair business conduct. This paper is dedicated to the very question of fairness and honesty in business conduct.

Keywords: the principles of private law, the principle of regard and fairness, the principles of fair business conduct, good manners

Піньор П.

доктор юридичних наук, професор кафедри комерційного права факультету права та адміністрації Сілезького університету, м. Катовіце

Pinior P.

Dr hab., Head of the Department of Commercial Law Faculty of Law and Administration University of Silesia in Katowice

SUPERVISORY BOARD AND AUDIT COMMITTEE IN A LISTED COMPANY

1. Introduction

Polish law regulates two types of companies: private limited liability companies and joint-stock companies. Joint-stock companies are divided into two types, depending on the way of trading shares. If the shares are admitted to trading on a regulated market, the company is then called a public company, or a listed company in the reading of art. 1 of Directive 2007/36/EU of 11 July 2007 on the exercise of certain rights of shareholders in listed companies (O.J.EU.L.2007.184.11). This article uses the term “listed company” to denote a company in which, under Polish law, there is at least one dematerialized share.

The Commercial Companies Code (the Official Journal of Laws of the Republic of Poland, 2017.1577, as amended, hereinafter abbreviated as CCC) and other acts impose additional requirements on listed companies. The Code itself contains specific provisions concerning the exercise of shareholder rights connected with the general meeting, which is the implementation of Directive 2007/36/EU. As regards the other acts, they are mostly concerned with trading of shares on a regulated market, the most important of which is the Act on Public Offering, Conditions Governing the Introduction of Financial Instruments to Organized Trading, and Public Companies (the Act of 29 of July 2005, the Official Journal of Laws of the Republic of Poland 2016.1639).

Moreover, listed companies are also treated as public-interest entities, in the meaning of Directive 2006/43/EU of the European Parliament and of the Council of 16 May 2006 on statutory audits of annual accounts and consolidated accounts (O.J.U.E.L.2006.157.87), which introduces the obligation for public-interest entities, including listed companies, to appoint the audit committee. This directive was amended by Directive 2014/56/EU of 16 April 2014 (O.J.EU. L.2014.158.196) and the audit committee is now regulated by Article

39 of Directive 2006/43/EU which was implemented into Polish law in the Act on Statutory Auditors, Audit Firms and Public Oversight of 11 May 2017 (the Official Journal of Laws of the Republic of Poland, 2017.1089). In general, the audit committee is treated in the Polish literature on the subject as a special commission within the supervisory board of a listed company, appointed by way of a resolution of the supervisory board for the performance of duties prescribed by law [1, p. 275; 3, p. 481; 6, p. 475].

The aim of this paper is to present the regulations of the supervisory board considering the requirement for the audit committee in the light of the new act.

2. Composition of the Supervisory Board

The supervisory board is a mandatory organ in the structure of Polish joint-stock companies. The supervisory board shall be composed of at least three members, and at least five members in listed companies, appointed and removed by the general meeting (art. 385 § 1 CCC). The statutes may provide for a different manner of electing and removing members of the supervisory board, however, for obvious reasons, the management board may not have any influence on the appointment and removal of supervisory board members [1, p. 212; 2, 951; 4, p. 750].

In the Polish Act, there is a special minority right concerning the appointment of members of the supervisory board (art. 385 § 3 – 9 CCC) called “group elections”. Upon request of shareholders representing at least one-fifth of the share capital, members of the supervisory board shall be elected at the next general meeting by a vote in separate groups. Shareholders representing at the general meeting the portion of shares which is the aggregate number of the represented shares divided by the number of members of the supervisory board may form a separate group in order to appoint one member of the supervisory board. Upon election of at least one member of the supervisory board, the mandates of all existing members of the supervisory board shall expire before the end of their term of office.

As regards the requirements set for the members of the supervisory board, in general, it must be a natural person having full legal capacity, not convicted for offences defined in art. 18 CCC. Moreover, the statutes of the company may provide for additional requirements for members of the supervisory board. The most important feature of the dualistic system, in which two separate organs for management and supervision exist, is the prohibition to combine functions regulated by the provision of art. 387 CCC. A member of the management board, holder of a commercial power of attorney, liquidator, head of branch or plant, as well as chief accountant, attorney-at-law or advocate employed at the company shall not simultaneously be a member of the supervisory board. This

restriction shall also apply to members of the management board or liquidators of a dependent company and to any other person reporting directly to a member of the management board or liquidator.

Given the obligation that in listed companies members of the audit committee must comply with additional conditions, further requirements are imposed on members of the supervisory board. In listed companies, the audit committee is appointed by the supervisory board from among its members and it shall consist of at least three members, including the chairman (art. 128 of the Act of 2017). A relevant resolution of the supervisory board shall contain the names of the members of the audit committee, the person of the chairman and entrusting the performance of the duties to the audit committee [1, p. 276; 2, p. 962; 3, p. 481].

At least one member of the audit committee shall have competence in accounting and/or auditing. The new requirement for the members of the audit committee is that the committee members as a whole shall have competence relevant to the sector in which the company is operating. This requirement is fulfilled if one of the members has such competence or individual members have partial competences in that sector. Furthermore, the majority of the members of the audit committee, including its chairman, must meet the criteria of independence laid down in art. 129 (3) of the Act of 2017. As the members of the audit committee shall be appointed by means of a resolution of the supervisory board from among its members, the general meeting shall be obliged to appoint to the supervisory board candidates who meet the criteria for appointment to the audit committee. Therefore, it is recommended that these requirements be directly regulated in the statutes of the company.

The term of office of a member of the supervisory board shall be no longer than five years and it shall be defined in the statutes of the company. As regards the audit committee, there are no rules governing the term of office of its members, so the resolution may appoint the members for the entire term of office of the supervisory board members, or it may appoint members of the audit committee for a determined period of time, shorter than the term of office of the supervisory board.

Member States may decide that the functions assigned to the audit committee may be performed by the supervisory body as a whole. According to the Polish Act, it is admissible only in smaller companies in which at the end of the financial year and in the previous financial year two of the following three measures are not reached: 17 000 000 PLN of the sum of the assets in the balance sheet; 34 000 000 PLN of the net income of sales of goods and services; 50 persons in yearly employment in full-time equivalents. In the

case where the supervisory board performs the duties of the audit committee as a whole, the criteria for the audit committee members must be met by the members of the supervisory board.

A member of the supervisory board may be removed at any time by the general meeting before the end of his term of office. As regards members of the audit committee, there are no additional rules but it should be assumed that they may be removed either by a resolution of the general meeting, given the fact that they are simultaneously members of the supervisory board, or by a resolution of the supervisory board. In the latter case, it should be assumed that if the supervisory board is empowered to appoint members of the audit committee, so the supervisory board shall also be authorized to remove a member of the audit committee from office. This means that the composition of the audit committee may be changed during the term of office of the supervisory board. Moreover, removal of a member of the supervisory board who is simultaneously a member of the audit committee requires a supplementation of the composition of the audit committee.

A special relationship between a company and members of its supervisory board develops following their appointments. It is in fact a contractual and organizational legal relationship between a member of the board and the company [6, p. 559]. In general, no additional contract is concluded in connection with the membership in the board (in contrast to the members of the management board), and the remuneration of the members of the supervisory board results directly from their membership in the board. A special additional contract with members of the supervisory board is potentially possible as a contract for providing supervisory services, but the contents of the contract should be determined by way of a resolution of the general meeting, independently from the members of the management board, and should not include the possibility of termination of the contract by means of a decision of the management board for other reasons than removal from office. As stated in a judgment of the Supreme Court of 3 November 2009 (II CSK 181/09, Lex nr 560018), a contract in which the management board has the power to terminate the contract is invalid as being contrary to the essence of the obligation (art. 3531 of the Civil Code).

The remuneration of supervisory board members results from the membership in the board which is counted from the moment of their appointment to the supervisory board by the empowered authority (judgment of the Supreme Court of 30 January 2014 III CZP 104/13, OSNC 2014/11/110). The remuneration shall be set forth in the statutes or a resolution of the general meeting. Members

of the supervisory board shall in any case be entitled to reimbursement of costs incurred in connection with concluding the supervisory board activities.

Neither the Commercial Companies Code nor the provisions of the Act on Statutory Auditors, Audit Firms and Public Oversight of 2017 contain any regulation regarding the remuneration of members of the audit committee, so they shall obtain remuneration on the same grounds as the other members of the supervisory board granted by way of a resolution of the general meeting or by the statutes. However, their remuneration may differ given the fact that they fulfill additional duties stipulated in the Act on Statutory Auditors, Audit Firms and Public Oversight and they assume more responsibility for being simultaneously members of the audit committee.

2. Competences of the Supervisory Board

The rights and duties of members of the supervisory board are laid down in the Commercial Companies Code. There are three different types of competences which may be divided into supervisory competences, personal competences towards the management board, and competences connected with the general meeting. Additional competences stipulated solely for the members of the audit committee are regulated in the Act on Statutory Auditors, Audit Firms and Public Oversight of 2017, which may be set out as preparatory, supervisory and informatory competences. This section of the article further presents the competences of the supervisory board and the audit committee.

The first category of supervisory board competences concerns permanent supervision over the company. The supervisory board shall exercise permanent supervision over the company's activities in all aspects of its business (art. 382 § 1 CCC). In order to perform their duties, the supervisory board may inspect all documents of the company, request reports and explanations from the management board and employees, and review the assets and liabilities of the company. However, unless the statutes provide otherwise, the supervision is carried out by the board as a whole and specific individual activities of a member of the supervisory board require a delegation in the form of a resolution of the supervisory board (art. 390 § 1 CCC).

Special duties of the supervisory board relate to the closure of the financial year and shall include evaluation of the reports on the company's operations and financial statements in respect of their compliance with the books, documents and the facts, and evaluation of the proposal of the management board concerning distribution of profits or coverage of losses. The supervisory board shall submit annual reports in writing presenting the outcome of the above evaluation to the general meeting.

The second category of competences refers to the management board. The supervisory board has the power to appoint and remove members of the management board. The power of the supervisory board shall also include the right to suspend all or individual members of the management board for important reasons. The supervisory board shall set the remuneration of the members of the management board employed on the basis of employment contracts or civil contracts, unless the statutes provide otherwise. In contracts between the company and a member of the management board, as well as in disputes with a member of the management board, the company shall be represented by the supervisory board.

By the power vested in the supervisory board, it may delegate its members to perform duties assigned to management board members (art. 383 § 1 CCC). The supervisory board may also delegate its members for a period of no longer than three months to temporarily perform the duties of members of the management board who have been removed, resigned, or who for any other reason are incapable of performing them. In such a case, their membership in the supervisory board is suspended for that period and the delegated person shall be treated as a member of the management board (judgment of the Supreme Administrative Court of 12 April 2013, I GSK 1263/11, Lex nr 1336162). However, this does not mean that the supervisory board is incomplete and cannot execute its functions effectively. In fact, only the suspended member of the supervisory board must refrain from any activities of the supervisory board [2, p. 948; 6, p. 483].

The statutes may provide for a broader scope of powers of the supervisory board, in particular, by providing that the management board must obtain consent of the supervisory board prior to undertaking actions set forth in the statutes (art. 384 CCC). However, the supervisory board may not give binding instructions to the management board concerning the management of the company's affairs (art. 3751 CCC). This means that in the situations set forth in the statutes, the management board is obliged to obtain consent of the supervisory board, but on the other hand, the supervisory board may not oblige the management board to undertake some actions. Nevertheless, a legal act performed without the consent of the supervisory board required by the statutes shall be valid, which may render members of the management board liable to the company for a violation of the statutes (art. 17 § 3 CCC).

As regards the third category of competences which are connected with the general meeting, the supervisory board may convene a general meeting and it is empowered to file a statement of claim for repealing a resolution or

for declaring a resolution invalid. Members of the supervisory board are also entitled to participate in the general meeting.

The competences of the audit committee are regulated by art. 130 of the Act on Statutory Auditors, Audit Firms and Public Oversight. The most significant are the competences associated with the supervision in respect of financial control and external audit. The audit committee is obliged to monitor the financial reporting process and to monitor the statutory audit of the annual and consolidated financial statements, in particular, its performance, taking into account any findings and conclusions by the competent authority. The audit committee shall also monitor the effectiveness of the undertaking's internal quality control and risk management systems and, where applicable, its internal audit, regarding the financial reporting of the audited entity, without breaching its independence. The task of reviewing and monitoring the independence of the statutory auditors or the audit firms, and in particular, the appropriateness of the provision of non-audit services to the audited entity also falls under this category of competences.

As regards the preparatory competences, they relate to submitting recommendations or proposals to ensure the integrity of the financial reporting process, as well as preparing the procedures for the selection of statutory auditors or audit firms and recommendations for the statutory auditors or the audit firms to be appointed.

The informatory competence consists in informing the administrative or supervisory body of the audited entity of the outcome of the statutory audit and explaining how the statutory audit contributed to the integrity of financial reporting and what the role of the audit committee in that process was.

It should also be noted that the audit committee shall be entitled to request reports and explanations from members of the management board and other persons without any additional delegation from the supervisory board and have access to all the documents necessary to fulfill its duties.

3. Liability of the members of the supervisory board

The regulation concerning the liability of supervisory board members is provided for in art. 483 CCC. A member of the supervisory board shall be liable towards the company for any damage inflicted through an action or omission contrary to the law or the provisions of the articles of association or statutes of the company, unless no fault is attributable to such a person. This provision may apply to the liability of all members of the supervisory board, including members of the audit committee, if through action or omission contrary to the provisions of the Commercial Companies Code or to the provisions of the Act

on Statutory Auditors, Audit Firms and Public Oversight or any other act, they inflict damage on the company.

It should also be noted that a member of the supervisory board while performing his or her duties shall act with due care resulting from professional integrity, thus more stringent requirements concerning knowledge or experience are imposed on members of the supervisory board. These more stringent requirements shall be crucially important in respect of the audit committee as its members must meet additional criteria.

Apart from the above regulation, additional provisions are contained in the Act on the Statutory Auditors, Audit Firms and Public Oversight. Pursuant to art. 192 of the Act, all members of the audit committee shall be responsible for any violation of the provisions of that Act, in particular, for the lack of procedures for the selection of statutory auditors or audit firms, and recommendations for the statutory auditors or the audit firms to be appointed, omission of informatory tasks and a violation of the provisions concerning appointment of statutory auditors or audit firms, terms of contracts and rotation systems. Furthermore, the company itself or members of its supervisory board shall be responsible for the appointment and composition of the audit committee, as well as ensuring that its members meet the required qualifications.

There are two kinds of administrative penalties which may be imposed by the Polish Financial Supervision Authority (KNF). The first one is a fine, which may not exceed 250 000 PLN for one person. The second one is a ban on sitting on the management board or supervisory board for three years.

1. A. Opalski, *Rada nadzorcza w spółce akcyjnej*, Warsaw 2006
2. J.A. Strzępka, W. Popiołek, P. Pinior, E. Zielińska, *Kodeks spółek handlowych. Komentarz*. Ed. J. A. Strzępka, Warsaw 2015
3. K. Oplustil, *Instrumenty nadzoru korporacyjnego (corporate governance) w spółce akcyjnej*, Warsaw 2010.
4. S. Soltysiński, A. Szajkowski, A. Szumański, J. Szwaja, A. Herbet, M. Mataczyński, I.B., Mika, T. Sójka, M. Tarska, M. Wyrwiński, *Kodeks spółek handlowych. Komentarz. (Commercial Companies Code. Commentary) Vol. III. 3rd ed.* Warsaw 2013
5. A. Opalski, *Kodeks spółek handlowych. Komentarz. Vol. III B.* Warsaw 2016
6. A. Kidyba, *Kodeks spółek handlowych. Komentarz. Vol II.* Warsaw 2015

Pinior P. Supervisory Board and Audit Committee in a listed company

Listed companies as public-interest entities are under a duty to appoint the audit committee within the supervisory board. This duty affects the composition of the supervisory board, as the members of the audit committee must meet additional criteria stipulated in the Act on Statutory Auditors, Audit Firms and Public Oversight.

Moreover, the rights and duties of the supervisory board are changed due to the regulation of specific duties set out for the members of the audit committee. Finally, the new Act also stipulates additional grounds for the responsibility of the members of the audit committee, supervisory board and the company. All these aspects show that the position of the supervisory board in a listed company is much more significant than in other types of companies.

Keywords: listed company, supervisory board, audit committee.

Зміст

<i>Васильєва В.В.</i> Поняття та ознаки корпоративного договору	5
<i>Великанова М.М.</i> Доктринальні підходи до систематизації ризиків в цивільному праві	14
<i>Гринько С.Д.</i> Юридичні особи як суб'єкти деліктних зобов'язань за цивільним законодавством України та європейських країн: порівняльно-правовий аналіз	23
<i>Гришко У.П.</i> Особливості відповідальності перевізника за шкоду, завдану каліцтвом, іншим ушкодженням здоров'я або смертю пасажирів	36
<i>Жаба М.</i> Окремі проблеми оскарження рішення загальних зборів членів ко-оперативу у польському праві.....	46
<i>Зеліско А.В.</i> Організаційно-правові форми підприємницьких юридичних осіб приватного права....	56
<i>Зінич Л.В.</i> Правове регулювання використання винаходів за законодавством України та Чехії: порівняльно-правовий аспект	67
<i>Кохановський В.О.</i> Класифікація засобів розміщення (готелів) у туристичній сфері та її правове значення (цивільно-правовий аспект)	75
<i>Мазаракі Н.А.</i> Перспективи запровадження альтернативних методів вирішення інвестиційних спорів.....	83
<i>Mészáros P.</i> The principle of the legitimate expectations ...	91
<i>Михайлюк Г.О.</i> Деякі особливості цивільно-правового регулювання комерційних найменувань в окремих країнах-членах ЄС	100
<i>Nevolná Z.</i> Principle of regard and fairness as one of the principles of European private law and its reflection in the Slovak commercial law	110
<i>Piniór P.</i> Supervisory board and audit committee in a listed company	121

Content

<i>Vasilyeva V. V.</i> Concept and features of a shareholders' agreement.....	5
<i>Velykanova M. M.</i> Doctrinal Approaches to the Systemization of Risks in Civil Law	14
<i>Hrynko S. D.</i> Legal entities as subjects of tort liability under civil legislation of Ukraine and European countries: comparative legal analysis	23
<i>Gryshko U. P.</i> Peculiarities of the carrier liability for the damage caused to passenger's health by serious and minor physical injuries or passenger's death	36
<i>Żaba M.</i> Selected issues on challenging a resolution of the general meeting of cooperative members under Polish law.....	46
<i>Zelisko A. V.</i> Forms of entrepreneurial legal entities of Private law	56
<i>Zinych L. V.</i> Legal Regulation of the Usage of Inventions in the Legislations of Ukraine and the Czech Republic: Comparative Aspects	67
<i>Kokhanovskiy V. O.</i> Classification of accommodation facilities (hotels) in the tourism sector and its legal meaning (civil legal aspect)	75
<i>Mazaraki N. A.</i> Perspectives of alternative methods of investment dispute resolution	83
<i>Mészáros P.</i> The principle of the legitimate expectations ...	91
<i>Mykhailiuk G. O.</i> Some Peculiarities of the Civil Law Regulation of Commercial Names in Particular EU Member States.....	100
<i>Nevolná Z.</i> Principle of regard and fairness as one of the principles of European private law and its reflection in the Slovak commercial law.....	110
<i>Pinior P.</i> Supervisory board and audit committee in a listed company	121

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 11.10.2017.

Формат 70x100. Папір офсетний.

Гарнітура «Times New Roman».

Ум.друк.арк. 12,65. Обл.-вид.арк. 13,75. Вид № в61315/16.

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